Das receptum arbitrii und die Haftung des Schiedsrichters.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD. LAND. BAT. BIBL.

Karl Schulte Westhoff

aus Sterkrade.

Leipzig

Druck: Deutsche Verlagsdruckerei (Felix Merseburger)

1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0148

Meinen lieben Eltern.

Literaturverzeichnis.

Altenrath, Johannes Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches, Jenaer Dissertation 1907.

André, Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte, Jena 1860.

Ayrer, Dissertation de auctoritate arbitrii et compromisso vim rei judicatae habentis, Göttingen 1744.

Bornhak, Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwickelung und geltendem Recht, in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. XXX, Nr. I, S. 1—46.

Buhl, Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag, Habilitationsschrift 1875.

Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, in Busch's Zeitschrift, Bd. XXXV, S. 401—423.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, II. Auflage, Jena 1899.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, Tübingen und Leipzig 1900.

Daubenspeck, Die Schiedsgerichte für Regulierung der Bergschäden, Berlin 1883.

Delius, Die Haftpflicht der Beamten 1901.

Dittrich, Die sogenannten Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse, Heidelberger Dissertation 1908.

Elsaß-Lothringische Zeitschrift, Bd. IX, XI.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches, III.—V. Auflage, III. Bd., Berlin 1899.

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen, Bd. II, VIII, X, XI, XVI, XVII, XXI, XXII, XXVII, XXXI, XXXVI, XL, XLI, XLV.

Fuld, Die Schiedsgerichtsklausel im privaten Rechtsleben, in der Zeitschrift für Sozialwissenschaft, VII. Jahrgang, Nr. 1 vom 18. Januar 1904, S. 59—61.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, V. Auflage, Tübingen und Leipzig 1902.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, VI. Teil, I. Abteilung, S. 65—105, Erlangen 1800.

Gruchot, Beiträge zur Lehre von der Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten durch Schiedsrichter, in seinen Beiträgen, Bd. XVI, S. 1 ff.

Hahn-Stegemann, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, I. und II. Bd., Berlin 1880.

Hayum, Der Schiedsvertrag, Tübinger Dissertation 1892.

Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes, Bd. I, Leipzig 1903.

— Anspruch- und Klagrecht, Jena 1900.

Hüssener, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten, Dissertation 1901.

Josef, Der Schiedsvertrag in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, im Recht XI, Nr. 12 vom 25. Juni 1907, Spalte 755—757.

Juristische Wochenschrift 1901.

Kleinadam, Besteht für das vor ein Landgericht gehörende Ablehnungsgesuch gegen einen Schiedsrichter Anwaltszwang, in der juristischen Wochenschrift, Bd. XXXVI, Nr. 5 vom 1. März 1907, S. 123.

Kohler, Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes von Gruchot, Bd. XXXI, S. 276—324, 481—534.

— Recht und Prozeß, in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart von Grünhut, Bd. XIV, Nr. I, S. 1—40.

— Autor-, Patent- und Industrierecht, im Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts von Busch, Bd. XLVII, Nr. IX, S. 327—366.

— Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, Separat-Ausgabe aus dem Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. LXXX, S. 141—300, Freiburg i. B. und Leipzig.

Leander, Ist im schiedsrichterlichen Verfahren der Antrag an das ordentliche Gericht auf eidliche Vernehmung von Zeugen erst dann zulässig, wenn sich das Schiedsgericht zuvor der Abhörung unterzogen hat? in Deutsche Juristenzeitung, Bd. X, Nr. 10 vom 15. Mai 1905, Spalte 501—502.

Leist, Schiedssprüche und zwingendes Recht, Berlin 1900.

Levy, Kritik der Inaugural-Dissertation über den „Schiedsvertrag" von Hayum in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. XXXVII, S. 183—188.

Matthias, Die Entwickelung des römischen Schiedsgerichtes in der Festschrift zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von Bernhard Windscheid, Rostock 1888.

Mayer, Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitsentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht, Erlanger Dissertation 1888.

Meltz, Die Beamtenpflicht nach § 839 BGB., Leipzig 1904.

Mitteis, Über Matthias, Vierteljahresschrift, Bd. XXXIII, S. 343 ff.

Mosler, Schiedsrichterliches Verfahren im Recht, Bd. XI, Nr. 5 v. 10. März 1907, Spalte 301—302.

Neubauer, Das schiedsrichterliche Verfahren der Zivilprozeßordnung, in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. XVIII, Nr. XII, S. 506—515.

— Das schiedsrichterliche Verfahren der Zivilprozeßordnung in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. XXI, Nr. VIII, S. 322—331.

Oppler, Schiedsvertrag und Schiedsmännervertrag, im „Recht", Bd. X, Nr. 7 vom 10. April 1906, Spalte 433—435.

Osterloh, Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Zivilprozesses, Leipzig 1856.

Overesch, Vergleichung der Grundsätze des römischen Rechts über den Schiedsvertrag (Compromissum) mit den zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 851—872 der ZPO., Göttinger Dissertation 1891.

Pollack, Gerichtliches Geständnis im Zivilprozeß, Berlin 1893.

Puchta, Das Institut der Schiedsrichter, Erlangen 1823.

— Pandekten, 3. Auflage, Leipzig 1845.

— Vorlesungen, 3. Auflage, Leipzig 1845.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. V.

Risch, Die Lehre vom Vergleich, 1858.

v. Romocki, Schiedsrichterliches Verfahren, im Recht, Bd. XI, Nr. 3 vom 10. Februar 1907, Spalte 176—178.

Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, II. Auflage, Leipzig 1906.

Schneider, Die Haftbarkeit des sogenannten Spruchrichters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. XCI, Nr. VII, S. 209—268.

Seuffert's Archiv, Bd XIII, XL, XLVI.

— Blätter für Rechtsanwendung, Bd. XXXVI.

Sohm, Institutionen, 10. Auflage, Leipzig 1901.

Struckmann u. Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, IX. Auflage, Berlin und Leipzig 1883.

Sydow u. Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz 1905.

Ungewitter, Zur Lehre vom Schiedsvertrag (§ 1025 CPO.) in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, LXX. Jahrgang, Nr. 17 vom 5. August 1905, S. 500—502.

Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, Leipzig 1885.

Weißmann, Das Schiedsgutachten, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. LXXII, Nr. VIII, S. 269—329.

Weizsäcker, Das römische Schiedsrichteramt, Tübingen 1879.

Wiesner, Georg, Über die Wirkungen des (inländischen) Schiedsspruches nach der Zivilprozeßordnung, Erlanger Dissertation 1906.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, VIII. Auflage, Bd. II, Frankfurt a. M. 1900.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 11
§ 1. Begriff des Schiedsvertrages 11
Die rechtliche Natur des Schiedsvertrages 23
§ 2. I. Die Voraussetzungen des Kompromisses 23
1. Subjektive Voraussetzungen des Kompromisses 23
2. Objektive Voraussetzungen des Kompromisses 36
§ 3. II. Die Wirkungen des Kompromisses 44
§ 4. III. Voraussetzungen und rechtliche Natur des Rezeptums. 67
§ 5. IV. Die Haftpflicht des Schiedsrichters 86

Einleitung.

§ 1.

Begriff des Schiedsvertrags.

Die gesetzliche Begriffsbestimmung des Schiedsvertrags findet sich in § 1025 ZPO. Danach versteht man unter einem Schiedsvertrag die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle.[1])

---

[1]) Glück, a. a. O. § 477 S. 72 definiert den Schiedsvertrag als einen Vertrag unter den Parteien, wodurch sich dieselben dahin miteinander vergleichen, daß sie den unter ihnen obwaltenden Rechtsstreit einem dritten Sachkundigen zur Entscheidung überlassen und sich seinem Ausspruche unterwerfen wollen. Fast übereinstimmend mit der Legaldefinition lehrt Windscheid-Kipp, a. a. O. § 415 S. 788: „Der Schiedsvertrag ist der Vertrag, durch welchen die vertragsschließenden Parteien ausmachen, daß eine zwischen ihnen schwebende Rechtsstreitigkeit durch eine Privatperson oder eine Mehrheit von solchen Personen entschieden werden solle." Weizsäcker, a. a. O. Kapitel 4 S. 53 versteht unter dem Schiedsvertrag denjenigen Vertrag, durch welchen zwei Personen eine oder mehrere ihrer Privatrechtsstreitigkeiten der Untersuchung und Entscheidung durch eine oder mehrere Privatpersonen unterwerfen und sich gegenseitig zur Anerkennung dieses Privatgerichtes verbindlich machen. — Mit Recht weist Windscheid-Kipp in § 415, Note 1c., S. 789 darauf hin, daß der Ausdruck Schiedsvertrag eigentlich ungenau ist, da auch der Schiedseidvertrag ein Schiedsvertrag sei; genau genommen müßte man also statt Schiedsvertrag Schiedsrichtervertrag sagen. Da aber ein Schiedseidvertrag im geltenden Recht keine Anerkennung gefunden hat und das X. Buch der ZPO. den Schiedsrichtervertrag im Interesse der Kürze als Schiedsvertrag bezeichnet, so kann man diesen Ausdruck in dem angegebenen Sinn ohne Bedenken ganz allgemein gebrauchen, ohne Verwechslungen befürchten zu müssen.

Damit der Zweck des Schiedsvertrages erreicht werden kann, muß noch ein weiterer Vertrag hinzutreten: der Vertrag der Streitteile mit dem Dritten[2]), den sie mit der Entscheidung ihrer Rechtsstreitigkeit betrauen wollen.

Zur Zeit des Formularprozesses erfolgte die Ernennung der Richter in der Formula[3]), bestanden ausnahmsweise für besondere Arten von Rechtsstreitigkeiten ständige Gerichtshöfe, so bedurfte es einer Richterernennung für den einzelnen Streitfall nicht. Dasselbe war der Fall im spätkaiserlichen Prozeß bei der extraordinaria cognitio, wo die Zäsur zwischen dem Verfahren in jure et in judicio fortfiel und der Prätor gleichzeitig als Richter fungierte. Hier tritt uns ein richterliches Beamtentum gegenüber, welches alle Streitfälle im regelmäßigen Verlauf der Dinge zu entscheiden hatte. Hatten die Parteien aber einen Schiedsvertrag geschlossen, so ging ihr Wille darauf, sowohl die vom Prätor zu ernennenden, als die beamteten Richter auszuschließen und durch selbstgewählte Personen die Rechtsstreitigkeit untersuchen und entscheiden zu lassen. Da aber niemand verpflichtet ist, fremde Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, wenn er dazu nicht obrigkeitlich berufen wird, so bedarf es eines Vertrages zwischen den beiden Vertragsteilen des Schiedsvertrags einerseits und dem Schiedsrichter

---

[2]) Oder den mehreren Dritten. Der Einfachheit wegen mag hier und im weiteren Verfolg dieser Abhandlung immer nur von dem einzigen Schiedsrichter gesprochen werden, auch wenn eine Mehrheit von solchen in Frage kommen kann.

[3]) Man hat den Kompromißvertrag des römischen Rechts mit der Formula des Formularprozesses verglichen. Rudorff a. a. O., B. II, S. 225 und nach ihm Bornhak a. a. O. § 2 S. 10 und 11 haben sogar einen Kompromißvertrag im Anschluß an die Formula zu entwerfen versucht. Allein außer einer gewissen äußeren Ähnlichkeit, mit der für die Wissenschaft nichts gewonnen wird, möchte bei diesem Vergleich wenig Übereinstimmendes gefunden werden. Vergleiche dazu die Darlegungen von Weizsäcker, a. a. O., Kapitel 4, S. 70 ff.

andererseits. So hat zu dem Schiedsvertrag, dem Kompromissum, der Vertrag der Kompromittenten mit dem Schiedsrichter, das Rezeptum, hinzuzutreten. Im römischen Rechte scheint es üblich gewesen zu sein, daß das Kompromissum sich schon auf die Person des Schiedsrichters erstreckte, so daß es also seine Wirkung verlor, wenn der als Schiedsrichter Gewählte die Übernahme der Entscheidung verweigerte oder aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen hieran verhindert war. Eine andere sehr strittige Frage ist es, ob zur Gültigkeit des Kompromisses die Einigung der Parteien über die Person des Schiedsrichters erforderlich war[4]) oder ob eine solche Einigung noch nachträglich zulässig war.[5]) Dieser Streit hat nur geschichtliches Interesse. Denn die §§ 1028, 1029 ZPO. haben ihn in letzterem Sinne entschieden und gleichzeitig die Grundsätze aufgestellt, die beim Mangel vertragsmäßiger Festsetzung über die Wahl des oder der Schiedsrichter zu gelten haben.[6])

---

[4]) So André a. a. O. S. 29ff. Weizsäcker, a. a. O. S. 7ff. Hayum, a. a. O. § 4 S. 35ff. Overesch, a. a. O. S. 18—20, vergl. auch Seufferts Archiv B. XIII Nr. 314.

[5]) So Mayer, a. a. O. § 7 S. 36ff. Matthias, a. a. O. § 4 S. 53ff. Windscheid-Kipp, a. a. O. § 416, Note 15, S. 794, der aber Matthias zu den Vertretern der gegenteiligen Ansicht zählt.

[6]) Erschöpfend sind diese gesetzlichen Bestimmungen freilich nicht, denn weder der Fall ist geregelt, daß eine ungerade Anzahl von Schiedsrichtern nach dem Schiedsvertrag tätig werden soll, noch auch besonders der, daß nur ein einziger noch nicht bestimmter oder bestimmbar gemachter Schiedsrichter vorgesehen ist. Hierüber vergl. Hayum, a. a. O. § 4 S. 42—43 und dazu die ausführliche Kritik von Levy, a. a. O., S. 184—186. De lege ferenda wäre übrigens in wesentlicher Abweichung zu den Vorschriftee der §§ 1028, 1029 ZPO. zu befürworten, daß ein Kompromiß nur gültig ist, wenn der oder die Schiedsrichter in ihm ernannt sind oder wenn wenigstens diese Ernennung dem Dissensus der Streitteile entzogen ist. Es würde dann die Handhabe für Verschleppungen durch rabulistische Parteien diesen genommen sein. Die richterliche, subsidiäre Schiedsrichterernennung ist auch nur als ein trauriger Notbehelf zu erachten, der

Wenn aber auch im allgemeinen ein Schiedsspruch beruht auf Grund eines Kompromisses und eines Rezeptums, so ist doch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß das erstere fehlen kann. § 1048 ZPO. erklärt, daß Schiedsgerichte in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder durch andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden können.[7]) Die einseitige Anordnung ersetzt hier also in bindender Weise das Kompromiß und, soweit die Anordnung bereits die Bezeichnung der Schiedsrichter enthält und der Dritte mit diesem schon ein Rezeptum abgeschlossen hat, fällt dieses zwar nicht fort, beruht aber nicht auf einem Vertrag des Schiedsrichters mit den Streitteilen, sondern auf einem solchen des Schiedsrichters mit dem Dritten. Nach den §§ 1029, 1031 ZPO. kann aber bei Säumigkeit des einen Streitteils der Schiedsrichter vom Gericht ernannt werden. Es ersetzt in diesem Falle das richterliche Ermessen den Parteiwillen. Das unmittelbare Rezeptum zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien fällt dann aus. Es fragt sich aber, ob der Richter in einem solchen Falle als gesetzlicher Stellvertreter der säumigen Partei für diese unmittelbar das Rezeptum abzuschließen

---

mit dem Begriff des Schiedsgerichts als eines Privatgerichtes nicht recht im Einklang steht. In der Sache übereinstimmend Neubauer in Buch XXI, S. 322—331.

[7]) Vergl. hierzu die Ausführungen von Altenrath, a. a. O., Kapitel II, S. 59—62. Er möchte mit seiner Behauptung im Recht sein, daß § 1048 ZPO. so zu verstehen ist, daß in ihm keine Bezugnahme auf das materielle Recht, sondern nur auf das X. Buch der ZPO. zu erblicken ist. Es ist danach dem einseitig angeordneten Schiedsgerichten keine Beschränkung auferlegt, die nicht auch für den Schiedsvertrag besteht. Der Beweis ergibt sich aus der Natur des Kompromisses, worüber weiter unten eingehend gesprochen werden wird. Endemann, a. a. O., III. § 48, Note 17, S. 306 erklärt zutreffend, daß die ZPO. in § 1048 solche letztwillige Schiedsklauseln nicht aus sich bestätige, daß solche Verfügungsmacht vielmehr sich aus der Testirfähigkeit ergebe.

hat. Dies wird man wohl bejahen müssen, da der vom Richter ernannte Schiedsrichter seine Zustimmung hierzu geben muß, wenn er seine Tätigkeit nicht verweigern will. Der Vertragsschluß ist also auch in einem solchen Falle erforderlich.

Das Rezeptum kann übrigens in dem Falle, daß jeder der Streitteile einen oder mehrere Schiedsrichter zu ernennen hat, nach der Vorschrift der §§ 1028, 1029 ZPO. seiner Einheitlichkeit verlustig gehen, insofern die einzelnen Streitteile selbständige Verträge mit den von ihnen ernannten Schiedsrichtern abzuschließen haben. Aus ihrer Stellung als Schiedsrichter ergibt sich aber von selbst, daß sie trotzdem nur gemeinschaftlich[8]) die ihnen unterbreitete Rechtsstreitigkeit zu prüfen und zu entscheiden haben. Sie dürfen also nicht das einseitige Interesse ihres Vertragsgegners wahren.

Für die Zwecke der nachstehenden Untersuchung über die rechtliche Natur des Schiedsvertrags, und zwar des Kompromisses und des Rezeptums, sowie über die Haftung der Schiedsrichter wird es genügen, bei dem Normalfall stehen zu bleiben, daß das Rezeptum der Streitteile sich auf ein zwischen ihnen und jenem abgeschlossenes Kompromiß gründet. Die hierbei gefundenen Grundsätze werden sich dann unschwer auf die weiter möglichen Fälle des Zustandekommens eines Schiedsgerichts übertragen lassen.

Vor dem Beginn dieser Untersuchungen wird es aber nötig sein, den Begriff des Schiedsvertrags genauer zu be-

[8]) Nach römischem Recht war auch ein Kompromiß auf mehrere Schiedsrichter dergestalt zulässig, daß jeder zur Entscheidung unabhängig von dem anderen befugt war (Gl. 8, l. 17, § 4, l. 32 § 13 D. 4. 8.). Hier soll Prävention gegolten haben. Bei gleichzeitiger Tätigkeit mehrerer Schiedsrichter und verschiedener Sentenz entstand dann eine unheilbare Konkurrenz (vergl. dazu Weizsäcker, a. a. O., S. 10, Matthias, a. a. O., S. 54, 55, 72, Hayum, a. a. O., S. 42). Es ist nicht zu bezweifeln, daß man derartiges auch heute noch vereinbaren kann. Es ist aber sicher das denkbar Unpraktischeste.

grenzen. Denn nicht jeder Schiedsvertrag ist ein privatrechtlicher und nicht jeder privatrechtliche Schiedsvertrag bezweckt die Entscheidung durch Schiedsspruch. Nur aber die letztere Art bildet den Gegenstand dieser Abhandlung. Es scheiden deshalb auch diejenigen Fälle ohne weiteres aus, in denen ein schiedsrichterliches Verfahren auf Grund gesetzlicher Vorschrift stattfindet.

Im einzelnen möchte folgendes zu erwähnen sein:

Den Gegensatz zu den privatrechtlichen Schiedsverträgen und Schiedsgerichten bilden die öffentlichrechtlichen. Die erstgenannten Schiedsgericht sind ein wahrer, wenn auch unvollkommener Ersatz für die ordentlichen Gerichte. Die letztgenannten können schon deshalb nicht als etwas Analoges gelten, weil eine ordentliche über den souveränen Staaten stehende Gerichtsbarkeit fehlt. Gerade deshalb fehlt es aber auch an einer Gewalt für die Vollstreckung des Schiedsspruches, so daß es von dem guten Willen der Streitteile abhängt, ob sie dem gefällten Schiedsspruch nachkommen wollen.[9])

---

[9]) Derartige völkerartige Schiedsgerichte bestehen zwischen Mitgliedern des Weltpostvereins nach dem Vertrag vom 15. Juni 1897 Art. 23, 26, RGBl. von 1897, S. 1103 und Vertrag vom 26. Mai 1906, Art. 23, RGBl. von 1907, S. 620; siehe ferner die vertragsmäßigen Festsetzungen über internationale Schiedssprechungen zur friedlichen Erledigung von Streitfällen: Abkommen vom 29. Juli 1899, Art. 15—57, RGBl. von 1901, S. 406, Errichtung eines ständigen Schiedshofes in Haag: Art. 25, 26 RGBl. S. 408 von 1901 und die Vorschriften betreffend das Schiedsverfahren daselbst, Art. 30—57, S. 412 von 1901.

Dazu kommen noch eine Anzahl vertragsmäßiger Schiedsgerichte bei Meinungsverschiedenheiten in Zollfragen im Verkehr mit Belgien: Vertrag vom 22. Juni 1904, Art. 2, S. 602 von 1905, mit Italien: Vertrag vom 3. Dezember 1904, S. 419 von 1905, mit Rumänien: Vertrag vom 8. Oktober, 25. September 1904, S. 265 von 1905, mit der Schweiz: Vertrag vom 12. November 1904, S. 322 von 1905, mit Bulgarien: Handels- 2c. Vertrag vom 1. August 1905, Schlußprotokoll zu Art. 22, S. 85 von 1905, mit Österreich-Ungarn: Zusatzvertrag zum Handelsvertrag vom 25. Januar 1905, Art. 5,

Privatrechtliche Schiedsverträge, die keine Entscheidung durch Schiedsspruch bezwecken, sind zunächst die oben[10]) erwähnten Schiedseidverträge, dann aber vor allem die Schiedsgutachterverträge. Der Gegensatz zwischen Schiedsrichtern und Schiedsgutachtern war sachlich schon den römischen Juristen bekannt[11]), sprachlich unterscheidet man aber erst seit der Glosse die arbitri und arbitratores. Worin der Unterschied besteht, ist strittig. Die ersteren sollten den Streit entscheiden, die letzteren den Vertrag ergänzen[12]), erstere sollten nach Recht, letztere nach Billigkeit urteilen[13]), erstere erteilten einen unanfechtbaren, letztere einen wegen offenbarer Unbilligkeit anfechtbaren Spruch[14]), der Schiedsvertrag setze voraus, daß der Spruch der Schiedsrichter das gesamte zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis umfasse und zur Entscheidung bringe, während der Schiedsgutachtervertrag nur die Feststellung einzelner streitiger Punkte bezwecke.[15])

Alle diese Begriffsbestimmungen sind mehr oder weniger ungenau, unvollständig und sogar falsch. Besteht z. B. das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis nur in einem Streit über einen einzelnen Punkt, dessen Entscheidung von

XIII, S. 153 von 1906, mit Serbien: Zusatzvertrag zum Handelsvertrag vom 29., 16. November 1904, Art. 2, VII, S. 329 von 1906, mit Schweden: Handelsvertrag vom 8. Mai 1906, Art. 22, S. 754 von 1906.

[10]) § 1 Note 1.

[11]) Vergl. l. 76 D. pro socio 17. 2.

[12]) So z. B. Daubenspeck, a. a. O., § 2, Note S. 10.

[13]) So z. B. Weismann, a. a. O., S. 279.

[14]) So Urteil des Reichsgerichts vom 10. Dezember 1888 in der Juristischen Wochenschrift 1890, S. 15.

[15]) Vergl. ROLG. 1901, S. 289 (Dresden) und Bd. 5, S. 205 (Kiel), RG. vom 29. April 1885 in Elsaß-Lothringen. Z. B. 11, S. 437 und OLG. Colmar vom 5. März 1884, das Bd. 9, S. 295; RG. vom 27. Oktober 1889 in RGB. 45, S. 351, Oppler im „Recht" X, Nr. 7, Spalte 434.

ausschlaggebender Bedeutung für die Streitteile ist, wie die Höhe eines zugefügten Schadens oder die Angemessenheit eines Preises, so kommt es lediglich auf den Willen der Parteien an, ob sie eine bindende Entscheidung ihres Streites nach Art eines richterlichen Urteils oder ob sie eine Begutachtung durch einen praktisch erfahrenen Dritten wünschen, der sie sich im voraus unterworfen haben[16]), deren Geltendmachung aber dem Rechtsweg vorbehalten bleiben soll.[17]) Haben die Parteien ihren Vertragswillen nicht mit genügender Klarheit ausgesprochen, so wird man nach den allgemeinen Auslegungsregeln zu verfahren haben.[18]) Ergibt auch dieser Weg kein sicheres Resultat, so möchte die Annahme nicht ungerechtfertigt erscheinen, das Schiedsgutachten, als das Mindere, als gewollt anzusehen.

[16]) Die Leistung kann zwar nach §§ 317, 319, Abs. 2, BGB. durch einen Dritten nach dessen freiem Belieben bestimmt werden, im Zweifel ist aber anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Entspricht sie diesem billigen Ermessen offenbar nicht, so ist sie für die Vertragsschließenden nicht verbindlich. Die Bestimmung erfolgt in diesem Fall durch Urteil (§ 319, Abs. 1, BGB.). Außerdem läßt sich die getroffene Bestimmung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung nach § 318 BGB. anfechten. Die Anfechtung aus den zuletzt erwähnten Gründen ist auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Parteien vertragsmäßig den Rechtsweg gegenüber dem Schiedsgutachten für unzulässig erklärt haben. Dasselbe wird man auch gegenüber einem offenbar unbilligen Schiedsgutachten anerkennen müssen, wenn die Parteien ausdrücklich oder präsumtiv ein billiges Gutachten wünschten. Denn auf ein unbilliges war dann auch ihr Wille bei Ausschluß des Rechtswegs nicht gerichtet. Sachlich übereinstimmend Oppler, a. a. O., Spalte 435.

[17]) Übereinstimmend Hayum, a. a. O., S. 35, Kohler in Gruchot XXXI, S. 305 und in Buschs Archiv XLVII, S. 332.

[18]) So ein Oberlandesgericht gegenüber einer entgegengesetzten Entscheidung eines Landsgerichts, berichtet von Ungewitter, a. a. O., S. 500—502, André, a. a. O., S. 40, Hayum, a. a. O., S. 33, anscheinend abweichend Seufferts Archiv Bd. XLVI, Nr. 298. Der im Text vertretenen Ansicht ist ferner Mayer, a. a. O., S. 65, vergl. auch Seufferts Blätter für Rechtsanwendung XXXVI, S. 385 ff., Seufferts Archiv XL, Nr. 106.

Sollten die Parteien ein Schiedsgutachten gewollt, der Schiedsgutachter sich aber als Schiedsrichter betrachtet und als solcher gehandelt haben, so könnte nach § 1041, Ziff. 1 ZPO. die Aufhebung des Schiedsspruches wegen Unzulässigkeit des Verfahrens beantragt werden, nach § 1042 ZPO. müßte das beantragte Vollstreckungsurteil aus demselben Grunde versagt werden.

Auch die Schiedsmannsverträge stehen, obwohl sie privatrechtliche Verträge sind, den Schiedsrichterverträgen gegenüber. Schiedsmänner haben weder zu entscheiden, noch zu begutachten, sondern lediglich auf gütlichen Ausgleich zwischen den Parteien hinzuwirken. Der vor dem gewählten Schiedsmann geschlossene Vergleich ist auch nie Vollstreckungstitel, sondern gibt nur die Grundlage für eine Klage im ordentlichen Verfahren. Haben die Parteien bei Abschluß des Schiedsmannsvertrags die Aussetzung des Verfahrens beschlossen, so könnte letzteres im Prozeß geltend gemacht werden. Eine prozeßhindernde Einrede nach § 274, Ziff. 3 ZPO. erzeugt aber solche Vereinbarung nicht.

Regelmäßig werden aber Schiedsmänner von den Streitteilen überhaupt nicht gewählt wie die Schiedsrichter, sondern sie sind landesrechtlich bestellte Staatsbeamte, die von den Parteien angegangen werden können, aber nur zum Abschluß von vollstreckbaren Vergleichen und zuweilen auch zur Aufnahme sogenannter exekutorischer Urkunden befugt sind. In der Stellung eines Schiedsmannes erscheint nach § 510 ZPO. beim Sühneverfahren der Amtsrichter.[19]) [20]) Bei den beamteten Schiedsmännern ist natürlich ein Vertrag

[19]) Vergl. Wach, a. a. O., § 7, Note 3, S. 65; siehe auch § 37 des Gewerbegerichtsgesetzes und § 16 des Kaufmannsgerichtsgesetzes.

[20]) Über die Funktion der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte als Einigungsämter vergl. weiter unten.

der Streitteile auf deren Anrufung nicht schlechthin ausgeschlossen, aber auch nicht nötig. Der Vertrag der Streitteile mit ihnen fällt aber fort, da sie amtlich gezwungen sind, ihre Tätigkeit den Streitteilen auf deren Anrufen zu widmen.

Auf Grund gesetzlicher Vorschrift bestehen Schiedsgerichte in mehreren Richtungen. Hierher gehören die Innungsschiedsgerichte nach der Gewerbeordnungsnovelle vom 26. Juli 1897.[21]) Hierbei handelt es sich um ein Gewerbegericht, also um ein besonderes Gericht im Sinne des § 14, Ziff. 4, GVG., dessen Verfahren in einer von den Vorschriften des 10. Buches der ZPO. für die Schiedsgerichte völlig abweichender Weise geregelt ist.

Die Gewerbegerichte sind hier noch in einem anderen Sinne zu erwähnen; sie können nämlich nach § 42 des Gewerbegerichtsgesetzes vom 29. Juli 1890 und vom 30. Juni 1901 in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. September 1901 bei Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitern über die Bedingungen der Fortsetzung oder Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses als Einigungsamt angerufen werden. Insoweit haben sie die Funktionen von Schiedsmännern. Kommt eine Einigung nicht zustande, so hat das Einigungsamt nach § 71 einen Schiedsspruch abzugeben, welcher sich auf alle zwischen den Parteien streitigen Fragen zu erstrecken hat. Zur Wirksamkeit des Schiedsspruchs ist aber nach § 72 noch erforderlich, daß sich die Parteien innerhalb einer ihnen gesetzten Frist ihm ausdrücklich unterwerfen. Dieses Verfahren ist nach § 17 des Gesetzes über die Kaufmannsgerichte vom 6. Juli 1904 auf Streitigkeiten zwischen Kaufleuten und Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen über die Bedingungen

[21]) §§ 81a, 81b zu 4, 83 zu 11, 85, 91, 91a, 91b, 94a, 94b, der Gewerbeordnung (RGBl. 1900, S. 905).

der Fortsetzung des Dienst- oder Lehrverhältnisses erstreckt worden.

Diese gewerblichen und kaufmännischen Schiedsgerichte[21a]) haben mit den Schiedsgerichten der ZPO. in bezug auf ihre Begründung, das bei ihnen geltende Verfahren und die Wirkung des von ihnen gefällten Spruchs nichts als den Namen gemeinsam.

Wahre Schiedsgerichte sind dagegen die gesetzlich geordneten Schiedsgerichte über Entschädigungsansprüche aus der Gewerbeunfallversicherung auf Grund des Gesetzes vom 30. Juni 1900[22]) und die Schiedsgerichte der Versicherungsanstalten für Invalidenversicherung nach dem Gesetz vom 30. Juli 1899, §§ 103—107.[23])

Trotzdem aber, daß es sich hier um wahre Schiedsgerichte handelt, ist ihre Begründung, ihr Geschäftsgang und die Wirkung der von ihnen gefällten Entscheidung abweichend von den Vorschriften des X. Buches der ZPO. geregelt, so daß sie für die nachstehenden Erörterungen außer Betracht bleiben.

In ganz eigenartiger Weise erkennt das Gesetz vom 20. Dezember 1899 betreffend einige Änderungen und Be-

[21a]) Im Gegensatz zu ihnen stehen Schiedsgerichte auf Grund eines Schiedsvertrags zum Ausschluß der Zuständigkeit der Gewerbegerichte und Kaufmannsgerichte. Über diese siehe § 2 nach Note 45 im Text.

[22]) §§ 76—80, 88—90, ferner aus der Unfallversicherung für Land- und Forstwissenschaft, §§ 82—87, 94, 96, 101, ferner aus der Bauunfallversicherung § 37, aus der Seeunfallversicherung §§ 80—84, 92—94, 101: Reichsgesetzblatt von 1900, S. 614, 671, 711, 745, vergl. auch über die Schiedsgerichte für Arbeiterversicherung vom 30. Juni 1900, §§ 3, 25 (RGBl. S. 574 von 1900) und dazu die Verordnung vom 22. November 1900, S. 1031.

[23]) RGBl. von 1899, S. 500 und dazu die Verordnung vom 6. Dezember 1899, S. 677.

stimmungen über das Postwesen,[21]) in Art. 5 eine Berufung auf schiedsgerichtliche Entscheidung gegen den Bescheid der Postbehörde an, durch welchen die Entschädigungsansprüche der eingehenden Privatbriefbeförderungsanstalten abgelehnt oder anerkannt worden sind. Gesetzliche Schiedsrichter sind hier Mitglieder des Reichsgerichtes. Für das Verfahren gelten die Vorschriften über das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten.

[21]) RGBl. von 1899, S. 715—719.

Die rechtliche Natur des Schiedsvertrags.

§ 2.

I. Die Voraussetzungen des Kompromisses.

Zur Ergründung der rechtlichen Natur eines Rechtsinstituts ist erforderlich, seine Voraussetzungen, seine Zwecke und seine Wirkungen festzustellen.

Was zunächst die Voraussetzungen anbelangt, so sind sie im X. Buch der ZPO. mit klaren Worten gegeben. Trotzdem bleibt der Wissenschaft noch genügend Raum zur selbständigen Tätigkeit.

1. Subjektive Voraussetzungen des Kompromisses.

Der § 1025 ZPO. faßt die subjektiven und objektiven Erfordernisse des Kompromisses dahin zusammen, daß er verlangt, daß die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen. Die Parteien müssen also in subjektiver Beziehung geschäftsfähig, also nach den §§ 104—115 BGB. volljährig oder für volljährig erklärt[1]) und weder entmündigt sein, noch sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit zur Zeit des Abschlusses des Kompromisses befunden haben.[2]) Für die Geschäftsunfähigen muß also der gesetzliche Vertreter, (Vater, Vormund, Pfleger) das Kompromiß abschließen; beschränkte

[1]) Vergl. §§ 2 ff. BGB.
[2]) Vergl. §§ 104, Ziffer 2, 3, 105, 114 BGB.

Geschäftsfähige bedürfen dagegen nach §§ 107 ff. BGB. zum Abschluß des Kompromisses der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter und zwar deren vorheriger Einwilligung oder nachträglicher Genehmigung, da das Kompromiß nicht nur Rechte gewährt, sondern auch Pflichten auferlegt.[3])

Diese Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist aber nach den §§ 112, 113 BGB. nicht erforderlich, wenn dieser den Minderjährigen mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts oder, auch ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, zum Eintreten in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis ermächtigt. Dann ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, die den Geschäftsbetrieb oder die Eingehung oder Aufhebung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. Ausgenommen sind nur Rechtsgeschäfte oder Verträge, zu denen der Vertreter die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.[3a])

Der gesetzliche Vertreter ist aber gesetzlich nicht allenthalben befugt, ein Kompromiß für den Geschäftsunfähigen abzuschließen oder dem Abschluß eines Kompromisses durch den beschränkt Geschäftsfähigen zuzustimmen. Denn sowohl die Vertretungsmacht des Vaters als des Vormundes ist in mancherlei Richtung beschränkt. Solche Beschränkungen möchten in bezug auf das Zustandekommen eines Kompromisses in folgenden gesetzlichen Vorschriften zu finden sein:

---

[3]) Vergl. § 107 BGB.

[3a]) Vergl. hierzu unten unter a), cc) und unter b), bb) u. cc). Der Abschluß eines Kompromisses kann insbesondere durch den (nur auf Vormünder bezüglichen) § 1822 Ziffer 12 BGB. eingeengt sein. Siehe darüber unten nach, Note 21, im Text.

a) Für den Vater:

aa) Nach § 1641 BGB. kann er in Vertretung des Kindes keine Schenkungen machen, die nicht durch Sitte und Anstand geboten sind. Bei einem Rechtsstreit über ein unzulässiges Schenkungsversprechen des Kindes ist deshalb der Vater auch nicht zu einer vergleichsweisen Erledigung, also auch nicht zum Abschluß eines Kompromisses befugt. Man kann die Unzulässigkeit eines Kompromisses über die aus einem mit oder ohne Zustimmung des Vaters abgegebenen Schenkungsversprechen des Kindes entstandenen Rechtsstreitigkeiten aber auch in anderer Weise begründen. Das Schiedsverfahren soll an die Stelle des ordentlichen Prozeßverfahrens treten. Wo aber wegen Nichtigkeit eines Rechnungsgeschäfts das ordentliche Verfahren ausgeschlossen ist, da ist auch das schiedsrichterliche Verfahren unzulässig.

Es liegen also hier die Verhältnisse nicht anders, als bei Ansprüchen aus Spiel und Wette oder aus einem Ehemäklervertrag.[3b])

bb) Nach §§ 1630, Abs. 2 und 1795 BGB. steht die Vertretung des Kindes dem Vater nicht zu bei der Übertragung oder Belastung einer durch Pfandrecht, Hypothek oder Bürgschaft gesicherten Forderung des Kindes, sowie bei der Aufhebung oder Minderung dieser Sicherung, falls der Vater selbst der Schuldner der Forderung ist, endlich aber auch bei Rechtsgeschäften, durch welche das Kind zu einer solchen Übertragung, Belastung, Aufhebung oder Minderung verpflichtet wird, sowie bei Rechtsgeschäften des

---

[3b]) Siehe hierzu die zutreffenden Ausführungen von Windscheid-Kipp, a. a. O., § 416, Note 9e, S. 793, 794. Bedenklich ist die Ansicht des Reichsgerichts XXVII, S. 379 ff. und XXXI, S. 397 ff., daß der Einwand der Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts, welches dem Schiedsvertrag zugrunde liege, und damit des Schiedsvertrags selbst verzichtbar sei und durch Nichtgeltendmachung verloren gehe. Zutreffend Leist, a. a. O., S. 23—26.

Ehegatten, der Ascendenten oder Descendenten des Vaters mit dem Kind, außer wenn es sich lediglich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. Auch bei Rechtsstreitigkeiten der vorgedachten Art oder zwischen den genannten Personen steht dem Vater die Vertretungsmacht über das Kind nicht zu. Es ist nicht zu verkennen, daß zwar in beiden Fällen dem Vater die Vertretungsmacht für das Kind fehlt, daß es also an einem subjektiven Erfordernis für das Kompromiß fehlt, daß aber das Objekt der Rechtsstreitigkeit nur im ersteren Falle sich der vergleichsweisen Regelung und damit der schiedsrichterlichen Entscheidung entzieht, da die unter bb) erwähnten Rechtsgeschäfte an sich zulässig sind und auch vergleichsweise geregelt werden können, wenn sie in gültiger Weise durch einen Pfleger abgeschlossen sind.

cc) Auf einige Rechtsgeschäfte erstreckt sich die väterliche Vertretungsmacht nur, wenn die Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts zu ihrer Vornahme hinzukommt. Es sind dies die Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück, jedoch ausschließlich der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, ferner die Verfügung über eine auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück oder auf Begründung oder Übertragung eines Rechts an einem Grundstück in der bevorstehenden Beschränkung oder auf Befreiung eines Grundstücks von einem solchen Rechte gerichtete Forderung und endlich die Eingehung der Verpflichtung zu einer der vorgenannten Verfügung.[4]) Ferner gehören hierher Rechtsgeschäfte, durch die das Kind zu einer Verfügung über sein Vermögen im ganzen oder über eine ihm angefallene Erbschaft oder über seinen künftigen gesetzlichen Erbteil oder seinen künftigen Pflichtteil verpflichtet wird, sowie die Verfügung über den

[4]) Siehe §§ 1643, Abs. 1, 1821, BGB.

Anteil des Kindes an einer Erbschaft.[5]) Ferner: Verträge, die auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet sind, sowie Gesellschaftsverträge, die zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen werden[6]), Miet-, Pacht und andere Verträge, die das Kind zu wiederkehrenden Leistungen und zwar über das 22. Lebensjahr hinaus verpflichten,[7]) Aufnahme von Geld auf den Kredit des Kindes,[8]) Ausstellung von Geldinhaberpapieren, Eingehung von Verbindlichkeiten aus Wechseln oder anderen indossabeln Papieren[9]) privative oder kumulative Übernahme fremder Verbindlichkeiten,[10]) Erteilung einer Prokura.[11]) Man wird deshalb in allen diesen Fällen den Vater selbständig nicht für befugt halten müssen, über Rechtsstreitigkeiten, die aus solchen Rechtsgeschäften entstehen, zu kompromittieren. Es folgt dies aber lediglich daraus, daß die ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes abgeschlossenen Rechtsgeschäfte der erwähnten Art ungültig sind. Hat aber der Vater zu ihrem Abschluß jene Genehmigung erhalten, so ist er auch zur selbständigen Vertretung eines Kindes zu einem Vergleich oder Schiedsvertrag ohne Rücksicht auf die Schätzbarkeit und den Wert des Gegenstandes befugt.[12]) Dies ergibt sich daraus, daß § 1822, Ziffer 12, BGB., der den Vormund zur Einholung vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung

---

[5]) Siehe §§ 1643, Abs. 1, 1822, Ziffer 1, BGB. Siehe aber auch § 1643, Abs. 2, BGB.

[6]) Siehe §§ 1643, Abs. 1, 1822, Ziffer 3, BGB.

[7]) Siehe §§ 1643, Abs. 1, 1822, Ziffer 5, BGB.

[8]) Siehe §§ 1643, Abs. 1, 1822, Ziffer 8, BGB.

[9]) Siehe §§ 1643, Abs. 1, 1822, Ziffer 9, BGB.

[10]) Siehe §§ 1643, Abs. 1, 1822, Ziffer 10, BGB.

[11]) Siehe §§ 1643, Abs. 1, 1822, Ziffer 11, BGB.

[12]) Übereinstimmend Endemann, II § 200, Note 25, S. 865 und dasselbe im Text.

verpflichtet, in § 1643, Abs. 1, BGB. nicht erwähnt wird, für den Vater also nicht gilt.

b) Für den Vormund gelten in bezug auf seine Vertretungsmacht, soweit sie den Abschluß eines Kompromisses berühren, folgende Beschränkungen:

aa) In denjenigen Fällen, in denen der Vater von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist, ist es auch der Vormund von der Vertretung des Mündels.[13])

bb) In anderen Fällen ist die Vertretungsmacht des Vormundes bedingt durch die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts. Hierher gehören alle Verfügungen über Forderungen und Wertpapiere der Mündels, sowie alle Rechtsgeschäfte, durch die der Mündel zu solchen Verfügungen obligatorisch verpflichtet wird.[14])

cc) Wieder in anderen Fällen hat der Vormund ohne Rücksicht darauf, ob ein Gegenvormund vorhanden ist und seine Genehmigung zur Vornahme von Rechtsgeschäften erteilt oder nicht, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen. Dies ist erforderlich in denjenigen Fällen, in denen auch der Vater zu Rechtsgeschäften für sein Kind diese Genehmigung braucht,[15]) ferner aber noch zu Verfügungen über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück oder über eine Forderung, die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück oder auf Begründung oder Übertragung des Rechts an einem Grundstück oder auf Befreiung eines Grundstücks von einem solchen Rechte gerichtet ist, sowie bei Rechtsgeschäften, durch welche der Mündel zu einer Verfügung der gedachten Art obligatorisch

[13]) Siehe oben unter a), aa), bb) und §§ 1804, 1795 BGB.

[14]) Siehe § 1812 BGB., siehe aber auch die Ausnahme und deren Ausnahmen in § 1813 BGB.

[15]) Siehe oben unter a) cc) und Note 4—12.

verpflichtet wird.[16]) Dasselbe gilt bei Rechtsgeschäften, die auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks oder eines anderen zum unbeweglichen Vermögen des Mündels gehörigen Rechts, ausschließlich von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, gerichtet sind,[17]) ferner bei Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, bei Verzicht auf den Pflichtteil und bei Erbverträgen,[18]) ferner beim Abschluß von Pachtverträgen über ein Landgut oder einen gewerblichen Betrieb ohne Rücksicht auf die Dauer der vertragsmäßigen Bindung,[19]) ferner bei dem Abschluß von Lehr- oder Arbeits- und Dienstverträgen, die den Mündel für länger als ein Jahr verpflichten,[20]) ferner noch bei Rechtsgeschäften, durch welche die für eine Forderung des Mündels bestehende Sicherheit aufgehoben oder gemindert oder die Verpflichtung dazu begründet wird.[21])

In den unter bb) und cc) aufgeführten Fällen kann deshalb der Vormund einen Vergleich oder Schiedsvertrag selbständig überhaupt nicht abschließen, weil ihm die Selbständigkeit der Vertretungsmacht gebricht. Hat er aber die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichtes in den Fällen unter bb) und die des Vormundschaftsgerichtes unter cc) zur Vertretung des Mündels erlangt oder handelt es sich um Rechtsgeschäfte, die der unbeschränkten Vertretungsmacht des Vormundes unterliegen, so darf er nach § 1822, Ziffer 12, BGB. einen Vergleich oder einen Schiedsvertrag doch nur abschließen, wenn der in Geld schätzbare Wert des Streitgegenstandes den Betrag von 300 Mark nicht übersteigt. Bei höherem Werte des

[16]) Siehe § 1821, Ziffer 1—3, BGB.
[17]) Siehe § 1821, Ziffer 4, BGB.
[18]) Siehe § 1822, Ziffer 2, BGB.
[19]) Siehe § 1822, Ziffer 4, BGB.
[20]) Siehe § 1822, Ziffer 6 und 7, BGB.
[21]) Siehe § 1822, Ziffer 13, BGB.

Streitgegenstandes oder bei dessen Unschätzbarkeit bedarf der Vormund also in allen Fällen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Abschluß eines Vergleiches oder eines Schiedsvertrags.

Die subjektive Voraussetzung der Befugnis des Vormundes zum Abschluß eines Kompromisses begegnet sich hier wieder[22]) mit der objektiven Voraussetzung, daß eine Rechtsstreitigkeit vorliegen muß, die überhaupt Gegenstand eines Kompromisses sein kann. Die subjektive Befugnis fehlt in den unter b), aa) erwähnten Fällen; hier fehlt es aber auch an einem objektiv fähigen Rechtsstreit, da das zugrunde liegende Rechtsverhältnis überhaupt nicht begründet werden kann. In den anderen Fällen[23]) ist aber die objektive Voraussetzung gegeben, wenn dem subjektiven Erfordernis Genüge geschehen ist, wenn also die unvollkommene Vertretungsmacht des Vormundes durch Hinzutritt der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts gestärkt wird.

Nach §§ 1809, 1810 BGB. soll der Vormund nur mit Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts das zum Mündelvermögen gehörige Geld anlegen und die Erhebung von solcher Genehmigung abhängig machen und soll nach § 1823 BGB. nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Mündels beginnen oder ein bestehendes auflösen. Hierbei handelt es sich um bloße Ordnungsvorschriften, deren Verletzung den Vormund zwar persönlich haftbar macht, die Gültigkeit der eigenmächtigen Handlungsweise aber nicht berührt. Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dieser Handlungsweise ergeben, können also an sich von dem Vormund auch vergleichsweise erledigt oder zum

[22]) Siehe unter a), bb).
[23]) Siehe unter b), bb) und cc).

Gegenstand der Entscheidung eines Schiedsgerichts gemacht werden, soweit nicht § 1822, Ziffer 12[24]) entgegensteht.

Hat das Vormundschaftsgericht dem Vater oder Vormund die Vertretung des Kindes oder Mündels in dessen Interesse, weil es im Gegensatz steht, zu dem Interesse des Vaters oder Vormundes oder anderer von ihnen Vertretener, von dessen Ehegatten, Nachkommen oder Vorfahren steht, für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten entzogen,[25]) so stehen die so der Vertretungsmacht entzogenen Rechtsgeschäfte den durch Gesetz entzogenen gleich.[26]) Ein gültiges Rechtsgeschäft ist dann durch den Vater oder Vormund unmöglich. Für ein Kompromiß fehlt es an dem subjektiven Erfordernis der Befugnis des Vaters oder Vormundes zu seinem Abschluß und an einem gültigen Rechtsverhältnis, aus dem ein Rechtsstreit entstehen könnte, der der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte oder durch ein Schiedsgericht fähig wäre. Hat der Pfleger das Rechtsgeschäft gültig abgeschlossen, so kann dasselbe Rechtsgeschäft aber vollgültig sein.

Gesetzliche Vertreter sind ferner der aus einer oder mehreren Personen bestehende Vorstand rechtsfähiger Vereine.[27]) In der neueren Literatur hat die Frage, ob der Vorstand solcher Vereine ein Kompromiß schließen kann, wenig Beachtung gefunden. In der älteren Literatur findet sich aber die übereinstimmende und nackte Behauptung, bei den Stellvertretern einer juristischen Person komme es auf die Verfassung an, ob sie kompromittieren könnten.[28]) Da

---

[24]) Siehe oben nach Note 21 im Text.

[25]) Siehe §§ 1630, Absatz 2, 1796 BGB.

[26]) Vergl. oben unter a), aa), bb); b), aa).

[27]) Siehe §§ 21, 22, 26 BGB.

[28]) Vergl. z. B. Mayer, a. a. O., § 4, S. 17, Daubenspeck, a. a. O., § 4, S. 19.

die ZPO. an den älteren Bestimmungen über die persönliche Freiheit zu Kompromittieren nichts geändert hat, sondern sie gleich dem gemeinen Recht von der Berechtigung, über den Streitgegenstand einen Vergleich abzuschließen, abhängen läßt, so müssen jene Ansichten der Doktrin auch für das moderne Recht Gültigkeit beanspruchen, zumal § 26 BGB. in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht bestimmt, daß der Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes sich aus dem Gesetz ergibt, aber durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden kann. Verleihen oder versagen die Satzungen dem Vorstand das Recht zum Abschluß eines Kompromisses, so hat es natürlich hierbei sein Bewenden. Wie aber, wenn die Satzungen über diesen Punkt schweigen? Das Gesetz schweigt hierüber ebenfalls. In diesem allein interessierenden Falle gibt die vorerwähnte Meinung der Doktrin auf die Frage nach dem Recht des Vorstandes zum Kompromißabschluß keine Antwort. Bedenkt man, daß der Vorstand einer juristischen Person die volle gesetzliche Vertretungsmacht hat, ja das erstere nur durch ihren Vorstand handeln kann, so wird man den Vorstand zu allen Rechtshandlungen für befugt halten müssen, die ihn nicht ausdrücklich durch die Satzungen verboten sind. Er kann deshalb auch Vergleiche und also auch Schiedsverträge in Streitigkeiten des Vereins abschließen.[29]) Sollte dem Vorstand durch die Mitgliederversammlung der Abschluß von Vergleichen oder Schiedsverträgen untersagt sein, so hat dies ohne entsprechende Satzungsänderung gegen Dritte keine Wirkung. Das verbotswidrig abgeschlossene Kompromiß wäre also trotzdem rechtswirksam, unbeschadet der Haftung des Vorstandes.

[29]) Zu befürworten aber möchte es sein, wenn dem Vorstand in den Satzungen zwar (überflüssiger Weise, aber der Klarheit wegen) der Abschluß von Vergleichen erlaubt, der Abschluß von Schiedsverträgen aber verboten oder nach Tunlichkeit eng begrenzt wird.

Bei Vereinen, denen die Rechtsfähigkeit fehlt, regelt der Gesellschaftsvertrag die Rechte der Geschäftsführer und ihre Tätigkeit zur Vertretung nach außen. Er wird deshalb auch maßgebend sein müssen für den Umfang der Vertretungsbefugnis, wie bei den rechtsfähigen Vereinen. Beim Mangel eines ausdrücklichen Verbotes, Vergleiche abzuschließen, wird man auch die Gesellschaftsvertreter hierzu für berechtigt erklären müssen. Dann aber ist kein Grund ersichtlich, ihnen den Abschluß von Schiedsverträgen zu untersagen.[30])

Anders verhält es sich bei rein vertragsmäßigen Stellvertretern. Der Generalbevollmächtigte und der procurator in rem suam wird ein Kompromiß abschließen dürfen. Ersterer ist nach dem Inhalt und Zweck seiner Vollmacht zu allen Rechtshandlungen befugt, die überhaupt durch Stellvertreter vorgenommen werden können, letzterer handelt wirtschaftlich überhaupt nicht für einen Dritten, sondern besorgt seine eigenen Angelegenheiten.[31]) Der Spezialbevollmächtigte aber bedarf zum Abschluß eines Vergleiches oder eines Schiedsvertrags besonderer Ermächtigung, da er nur nach Maßgabe seiner Vollmacht handeln darf. Darüber hinaus ist er bloßer negotiorum gestor und seine Handlungsweise unterliegt den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag.[32]) Man wird auch nicht behaupten können, daß

[30]) Nach § 116 HGB. erstreckt sich die Befugnis zur Geschäftsführung auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Dazu gehören aber unbedenklich auch die Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten. Eine Beschränkung dieser Befugnis im Gesellschaftsvertrag ist Dritten gegenüber sogar ohne rechtliche Wirkung. Vergl. auch den von den Rechten der Liquidatoren handelnden § 149 HGB. In den analogen Art. 137 des alten HGB. waren sie ausdrücklich zu Abschluß von Vergleichen und Schiedsverträgen für befugt erklärt.

[31]) Vergl. I 17, § 3, D. 12, 2. Übereinstimmend Mayer, a. a. O., S. 17 und die daselbst Note 4 Zitierten.

[32]) §§ 677—687 BGB.

die Ermächtigung zum Vergleichsabschluß die Ermächtigung zum Kompromißabschluß enthält. Die Fähigkeit zu letzterem hat zwar zweifellos der, der die Fähigkeit zu ersterem hat. Die Befugnis zu dem einen gibt aber nicht die Befugnis zu dem anderen, denn sie steht im freien Belieben des Vollmachtgebers.[33]) Daraus erklärt sich auch, wie die Motive[34]) zu § 851, dem jetzigen § 1025 ZPO. sagen können, der Entwurf habe für selbstverständlich erachtet, daß die Vollmacht dem Prozeßbevollmächtigten nicht „die Befugnis" zu kompromittieren erteile. Die Vollmacht ermächtigt nach § 81 ZPO. den Prozeßbevollmächtigten zwar zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen einschließlich der Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, aber nicht zum Abschluß von Schiedsverträgen, die das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten ausschließen sollen. Der Prozeßbevollmächtigte braucht also zum Kompromißabschluß ebenfalls einer Spezialvollmacht, da ihm die bloße Fähigkeit hierzu noch keine Befugnis hierzu verleiht. Es liegen die rechtlichen Verhältnisse bei ihm nicht anders, als bei anderen vertragsmäßigen Vertretern. Die Fähigkeit zum Abschluß eines Kompromisses ist vorhanden, wenn die Fähigkeit zum Abschluß eines Vergleichs vorliegt. Die Befugnis zum Abschluß eines Vergleiches und eines Kompromisses sind aber nicht grundsätzlich einander gleichgestellt und selbst da, wo dies der Fall ist, geht die Befugnis nicht mit der Fähigkeit Hand in Hand. Denn die Befugnis verlangt Dispositionsfähigkeit.[34a])

---

[33]) Übereinstimmend Hayum, a. a. O., S. 20; Wilmowski und Levy, Kommentar § 1025, Note 4, unterscheiden ebenfalls Fähigkeit und Befugnis, dagegen erklären Struckmann und Koch, § 851 (jetzt 1025) Note 4, S. 919 diese Unterscheidung als unbegründet. Das im Text Ausgeführte läßt die getroffene Unterscheidung als durchaus notwendig erscheinen.

[34]) Hahn, Materialien II, S. 490.

[34a]) Die Dispositionsfähigkeit geht aber weiter, wie die Vergleichsbefugnis. „Der rechtskräftig anerkannte Anspruch kann aufgegeben,

Diese Befugnis aber zieht, wenn sie bei Vertretern der Parteien vorhanden ist, sogar die Fähigkeit des Vertreters nach sich. Denn nach § 165 BGB. schadet es der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nicht, wenn der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, also z. B. wenn er minderjährig ist.

Nach § 6 KO. verliert der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Konkursverfahrens die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Die Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners wird durch den Konkursausbruch nicht berührt. Da er aber die Verfügungsbefugnis einbüßt, so kann er weder Vergleiche, noch Kompromisse abschließen über Teile seines gesamten, einer Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögens, das ihm zurzeit der Eröffnung des Verfahrens gehört.[35]) Nur Gegenstände, die nicht gepfändet werden sollen, gehören nicht zur Konkursmasse.[36]) Über sie behält der Gemeinschuldner also die Verfügungsgewalt und damit auch die Befugnis zum Abschluß eines Vergleichs oder Schiedsvertrags. In nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten behält der Gemeinschuldner ebenfalls seine Verfügungsgewalt, sie können aber objektiv nicht Gegenstand eines Schiedsvertrags sein.[37])

Über Angelegenheiten, für welche das Verfügungsrecht des Gemeinschuldners durch die Konkurseröffnung verloren geht, hat nunmehr der Konkursverwalter die Verfügung.[38])

aber nicht zum Gegenstand eines Vergleichs gemacht werden." Vergl. Wach, a. a. O., § 7 bei Note 19 im Text, S. 68 und die in Note 19 Zitierten. Nur ausnahmsweise ist auch ein kompromittierbarer Rechtsstreit über einen rechtskräftig anerkannten oder aberkannten Anspruch denkbar. Vergl. darüber bei Note 50 im Text.

[35]) Vergl. § 1 KO.

[36]) Vergl. § 1, Abs. 4, KO.

[37]) Darüber genaueres unter Ziffer 2 des § 2.

[38]) Siehe § 6, Abs. 2, KO.

Handelt es sich aber um Wertgegenstände von mehr als 300 Mark, so hat er zum Abschluß eines Vergleichs oder Schiedsvertrags nach § 133, Ziffer 2, KO. die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen, wenn ein solcher bestellt ist. Die Befugnis des Konkursverwalters ist deshalb ausnahmsweise sogar doppelt bedingt: von seiner Verfügungsgewalt und der Genehmigung des Gläubigerausschusses, seine Fähigkeit aber unbedingt in jedem Falle vorhanden.[39])

Die Beschränkung der Frauen beim selbständigen Abschluß eines Kompromisses ist mit der Beseitigung der Weibertutel gefallen. Ihre Fähigkeit ist seit jener Zeit vorhanden. Ihre Befugnis dazu war gemeinrechtlich durch das Verbot der Interzession beschränkt. Auch dies ist durch die Beseitigung dieser Beschränkungen im BGB. weggefallen. Wohl aber zieht das eheliche Güterrecht den Ehefrauen auch heute noch Schranken, soweit ihre Rechte mit den Interessen des Mannes verknüpft sind.[40])

2. Objektive Voraussetzungen des Kompromisses.

Auch die objektiven Voraussetzungen eines Kompromisses werden in den §§ 1025, 1026 ZPO. erschöpfend geregelt.

Zunächst ist notwendig eine gegenwärtige oder auch eine zukünftige Rechtsstreitigkeit. In letzterem Falle aber muß sie aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringen, auf welches der Schiedsvertrag sich bezieht. Damit ist eine

---

[39]) Der Einfluß der Konkurseröffnung auf einen bestehenden Schiedsvertrag interessiert hier nicht. Vergl. darüber Levy, a. a. O., S. 187, 188. Weniger klar und erschöpfend Hayum, a. a. O., S. 19, Mayer, a. a. O., S. 15.

[40]) Vergl. nur § 1395 BGB., wonach die Frau zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes bedarf. Umgekehrt kann der Ehemann nach § 1375 BGB. nicht über eingebrachtes Gut der Frau ohne deren Zustimmung verfügen.

gemeinrechtliche Streitfrage entschieden worden.[41]) Der Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten ist danach, soweit er überhaupt zulässig ist, bedingt von der Entstehung der Rechtsstreitigkeit, da nur eine solche Gegenstand eines schiedsrichterlichen Verfahrens und eines Schiedsspruchs sein kann. Unter Rechtsverhältnis wird man mit Kohler[42]) eine auf bestimmten historischen Gründen beruhende rechtliche Beziehung zu verstehen haben, aus der rechtliche Folgen entspringen. Hierher gehören nicht nur Verhältnisse, die aus einem Vertrag hervorgehen, sondern auch das Miteigentum an bestimmten Gegenständen, Dienstbarkeitsverhältnisse, nachbarliche Beziehungen, Alimentationspflichten, Vermögensverwaltungen auf Grund gesetzlicher Vorschriften u. a. m. Aus allen solchen und vielen anderen „Rechtsverhältnissen" können Rechtsstreitigkeiten entstehen. Sind diese noch nicht entstanden, so müssen wenigstens jene in klarer Weise als mögliche künftige Quelle von Rechtsstreitigkeiten bezeichnet sein, die dem ordentlichen Gerichtsverfahren vertragsweise entzogen und der Entscheidung durch Schiedsrichter unterworfen werden sollen.[43]) Nach dem

---

[41]) Siehe darüber Mayer, a. a. O., § 5, S. 20, 21. Das Kompromiß über künftige Rechtsstreitigkeiten erklärt für ungültig Puchta, Institut der Schiedsrichter, S. 74 ff. Puchta, Pandekten § 296, S. 423 und Vorlesungen § 296, S. 159. Er erblickt darin nur ein pactum de compromittendo außer beim Abschluß durch autonome Korporationen. Den gegenteiligen Standpunkt vertritt Weizsäcker, a. a. O., S. 46, 47. Mayer, a. a. O., S. 20, 21, Windscheid-Kipp, a. a. O., § 416 bei Note 14 im Text. André, a. a. O., S. 26 ff. verlangt, daß das zukünftige den Rechtsstreit erzeugende Rechtsverhältnis zur Zeit des Abschlusses des Schiedsvertrags schon bestanden habe. Siehe aber auch nach Note 45 im Text und den Schluß des § 2.

[42]) In Gruchot XXXI, S. 498, 499.

[43]) Wörtlich übereinstimmend verlangt § 40 ZPO. für die Prorogation, daß der Vertrag sich auf die aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringenden Rechtsstreitigkeiten beziehen muß.

Wortlaut des Gesetzes braucht aber das „bestimmte Rechtsverhältnis" ebenso wenig, wie der Rechtsstreit, ein gegenwärtiges zu sein. Dann ist der Schiedsvertrag über die künftigen, aus einem künftigen Rechtsverhältnis entstehenden Rechtsstreitigkeiten durch die Entstehung beider, also doppelt bedingt.[43a])

Das Gesetz verlangt aber weiter für das Zustandekommen eines Kompromisses, daß der Gegenstand des Rechtsstreites der vergleichsweisen Verfügung der Streitteile unterliegt. Es läßt sich nur auf Grund des bürgerlichen Rechts beantworten, wann dies der Fall ist.

Der Schiedsvertrag bezweckt, ein schiedsgerichtliches Verfahren an die Stelle des gesetzlichen in der Zivil-Prozeß-Ordnung geregelten Verfahrens zu setzen. § 3 EG. z. ZPO. bestimmt: „Die Zivil-Prozeß-Ordnung findet auf alle Rechtsstreitigkeiten Anwendung, die vor die ordentlichen Gerichte gehören", daher sind sowohl alle Strafsachen[44]), als auch alle Verwaltungssachen, als auch alle diejenigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die nach § 14 GVG. vor besondere Gerichte gehören[45]), nicht dazu geeignet, Grundlage eines Schiedsvertrages zu sein, obwohl das letztere nicht ohne Streit ist. Wenn aber die gesamte Zivil-Prozeß-Ordnung also auch deren 10. Buch über das „Schieds-

[43a]) Auch Wach, a. a. O., § 7 bei Note 17 und dasselbe im Text S. 68 erkennt an, daß auch das den Rechtsstreit erzeugende Rechtsverhältnis ein künftiges sein kann.

[44]) Also auch Beleidigungen und andere im Wege der Privatklage verfolgbare Strafsachen, natürlich aber nicht die Bußansprüche, da sie rein privatrechtliche Schadensansprüche sind, die, abgesehen von dem Adhäsionsprozeß, auch im ordentlichen Verfahren vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht und vergleichsweise erledigt werden können.

[45]) Insbesondere ist deshalb auch ein echtes schiedsrichterliches Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit unmöglich. Übereinstimmend Josef, im Recht XI, Nr. 12, Sp. 755—757.

gerichtliche Verfahren" nach § 3 EG. ZPO. nur auf die vor die ordentlichen Gerichte gehörenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung zu finden hat und wenn ferner in den §§ 1045, 1046 ZPO. für gerichtliche Entscheidungen in schiedsgerichtlichen Angelegenheiten nur ordentliche Gerichte als zuständig erklärt werden und selbst eine gegenteilige Vereinbarung wirkungslos ist, so spricht dieses für die obige Ansicht. Sie wird noch dadurch gestützt, daß die besonderen Gerichte des § 14 GVG. alle derartiger Natur sind, daß ihr Zweck nicht in dem Belieben der Parteien steht[46]). Wohl aber kann das Gesetz selbst hieran Ausnahmen zulassen.

Statusrechtliche Angelegenheiten sind von öffentlichrechtlicher Bedeutung und deshalb für das geltende Recht der Verfügung der Parteien entzogen. Das muß insbesondere auch von allen Ehesachen gelten. Die streitenden Ehegatten können zwar in favorem matrimonii sich privatim gütlich auseinandersetzen, ein Vergleich im technischen Sinn möchte dies aber kaum genannt werden können. Denn sie erkennen das Fundament des Streites, nämlich die Ehe, als unveränderlich an und erreichen in dieser Hinsicht auch durch ihre Vereinbarung über Nichtscheidung nichts, als was so wie so Rechtens ist. Ein Kompromiß ist deshalb auch in Ehesachen schlechthin ausgeschlossen und auch

[46]) Der Sache nach übereinstimmend Levy, a. a. O. S. 183, 184 und die meisten Kommentare zur ZPO., z. B. Struckmann u. Koch, a. a. O. Note 2 zu § 851 (1025) S. 918, 919, Wilmowsky u. Levy, Gaupp, Puchelt (zitiert von Struckmann und Koch a. a. O., und Hayum S. 22). Entgegengesetzter Meinung Hayum a. a. O., S. 22 bis 25. Mayer, a. a. O. teilt die im Text vertretene Ansicht, meint aber, landesrechtlich könne für die den besonderen Gerichten zugewiesenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ein schiedsrichterliches Verfahren zugelassen werden. Aber selbst, wenn dies der Fall wäre, wäre damit der Beweis erbracht, daß sie reichsrechtlich nicht kompromittierbar sind. Dasselbe würde zu gelten haben, wenn landesrechtlich etwa in Verwaltungsstreitsachen ein Schiedsvertrag zugelassen sein sollte.

deshalb „weil der Schiedsvertrag zu einer der Vergleichsstiftung entzogenen Regelung führen könnte."[47]) Handelt es sich aber um vermögensrechtliche Streitigkeiten, die aus familienrechtlichen Verhältnissen entspringen, so schadet der letztere Umstand ihrer Kompromittierbarkeit nicht, denn der Gegenstand des Rechtsstreits ist ausschlaggebend für die objektive Fähigkeit für Vergleich und Kompromiß, nicht der Grund des streitigen Anspruchs.[48])

Aber auch wenn es sich um Materien handelt, die an sich der Regelung der Parteien durch Vergleich oder Schiedsvertrag nicht entzogen sind, so wird man bei der Gleichstellung des Gegenstandes des Schiedsvertrages mit dem eines Vergleiches in § 1025 ZPO. auch für ersteren verlangen müssen, daß die Voraussetzungen für letzteren gegeben sind. § 779 BGB. erklärt aber einen Vergleich nur möglich bei einem Streit oder bei einer Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis und „es darf der nach dem Inhalt des Vergleichs als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht widersprechen, so daß der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden wäre." Ist also z. B. über die Zuwendung eines Vermächtnisses kein Streit, wohl aber über dessen Höhe, so ist der Vergleich rechtsunwirksam, wenn das ganze Testament mitsamt der Vermächtnisanordnung sich als gefälscht oder nicht vorhanden erweist. Es würde also auch ein Schiedsvertrag, der die Feststellung der Höhe des Vermächtnisses bezweckt, nichtig sein. Umgekehrt würde dagegen Vergleich und Schiedsvertrag wirksam sein, wenn sich das zu Grunde gelegte Testament zwar als eine

[47]) So Wach, a. a. O. § 7 Note 20 und bei Note 20 im Text S. 68, 69. Siehe hierzu die interessanten, aber nicht ganz zutreffenden Darlegungen von Leist, a. a O. S. 21—23.

[48]) Im Resultat ebenso, aber ohne Begründung: Haynm, a. a. O. S. 25.

Fälschung erweist, das echte Testament aber die gleiche Vermächtnisanordnung enthält. Im Übrigen kann sich der Streit und die Ungewißheit sowohl auf das Vorhandensein des Rechtsverhältnisses, wie auf Umfang oder Inhalt der daraus entspringenden Ansprüche beziehen.[49]) Da aber ein rechtskräftig festgestellter Anspruch regelmäßig keinen Streit oder keine Ungewißheit zuläßt, so ist auch Vergleich oder Schiedsvertrag darüber ausgeschlossen, es müßte denn sein, daß das Urteil seinem Wortlaut nach strittig ist oder seine unklare Ausdrucksweise Veranlassung zu Streit gibt.[50]) § 779 Abs. 2 BGB. stellt der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis die Unsicherheit der Verwirklichung eines Anspruches gleich. Dies veranlaßt Hayum[51]) auch in letzterem Falle einen Schiedsvertrag für zulässig zu erklären. Da aber gar kein Rechtsstreit vorliegt, wenn der Schuldbetrag in jeder Richtung unstrittig ist, und da die Schiedsrichter also doch nur nutzloser Weise die bereits feststehende Schuldhöhe feststellen könnten, ohne die Realisierbarkeit irgendwie zu fördern, so möchte ein Schiedsvertrag in solchen Fällen unwirksam sein. Noch mehr wird man Schiedsvertrag und Vergleich für ausgeschlossen erklären müssen in Fällen, „in denen der Schuldner nur infolge sicherer Zahlungsunfähigkeit

[49]) Vergl. Cosack, a. a. O., I, § 160, S. 580.

[50]) Nach römischem Rechte war ein Vergleich über künftige Alimente nicht transigibel. Bedenkt man, daß bei unstrittiger Alimentationsberechtigung bis zum Tode nur die Summe der Alimente streitig ist, weil die Zeit des Todes des Berechtigten ungewiß ist, so möchte es ein Abfindungsvertrag nie als Vergleich sich darstellen. Denn auch der Berechtigte kann kein Recht auf einmalige Abfindung in irgend einer Höhe behaupten. Von einem Nachgeben, zumal von einem beiderseitigen Nachgeben ist also keine Rede. Deshalb kann hier auch kein Schiedsrichter, wohl aber vielleicht ein Schiedsgutachter in Tätigkeit treten.

[51]) A. a. O., § 3, S. 21, 29, 30. Seine Bezugnahme auf Wach S. 68 ist irrig. Windscheid S. 413 handelt nur vom Vergleich.

den Ansprüchen seines Gläubigers nicht entspricht, die er im übrigen nicht nur nicht bestreitet, sondern sogar ausdrücklich anerkennt."[52]) Solche Ansprüche kann man vor den ordentlichen Gerichten zum Zweck der Zwangsvollstreckung geltend machen, denn „der Gegenstand eines Prozesses ist nicht notwendig ein streitiges Rechtsverhältnis."[53]) Der ordentliche Prozeß verfolgt aber auch den Zweck, dem Gläubiger einen Vollstreckungstitel zu geben, um den seine Schuld anerkennenden, aber nicht bezahlenden Gegner zu zwingen. Im schiedsrichterlichen Verfahren soll nur Existenz, Umfang, Inhalt, Dauer eines Rechtsausspruches festgestellt werden; dieser Zweck ist aber nicht zu erreichen, wenn er schon erreicht ist. Ein echter Vergleich ist auch das Abkommen nicht, wenn nur eine unsichere Anspruchsverwirklichung vorliegt.[54]) Das Gesetz fingiert in solchen Fällen nur aus Zweckmäßigkeitsgründen die gar nicht vorhandene Ungewißheit eines Rechtsverhältnisses, während für einen Schiedsvertrag ein Rechtsstreit nach § 1025 ZPO. und nach der ratio legis unerläßlich ist.

Da ein unsittliches oder auch ein klagloses Rechtsverhältnis ein negotium nullum ist und keinen Rechtsschutz genießt, so kann auch durch Vergleich oder Schiedsvertrag keine mittelbare Wirkung erzielt werden. Dies ist bereits oben[55]) ausgeführt.

Eine ganz eigenartige Vorschrift enthält § 28 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896. Danach ist die Ver-

---

[52]) Entgegengesetzter Meinung Hayum, a. a. O., § 3, S. 29, 30.

[53]) So Wach, a. a. O., § 2, III, S. 18, Weismann, a. a. O., § 279. Letzterer hält auch bei anerkannten Ansprüchen ein Schiedsverfahren für zulässig.

[54]) So auch die bei Windscheid, a. a. O., § 413, Note 6a, S. 779 Zitierten und Buhe, Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag, Habilitationsschrift 1875, S. 74 ff.

[55]) Siehe unter Ziffer 1a), aa), a. bei Note 3b im Text.

einbarung, nach der Streitigkeiten durch das Börsenschiedsgericht entschieden werden sollen, nur rechtswirksam, wenn es sich um gegenwärtige Streitigkeiten handelt oder wenn jeder der Beteiligten Kaufmann oder für den betreffenden Geschäftszweig in das Börsenregister eingetragen ist. Die Regel des § 1025 ZPO. über die Kompromittierbarkeit künftiger Rechtsstreitigkeiten ist also bei einem subjektiven Mangel der letztgedachten Art eingeschränkt, wenn der Streitfall objektiv aus Börsengeschäften entsprungen ist.[56])

[56]) Über die Kompromittierbarkeit von Patentsachen vergl. die Untersuchungen von Kohler in Buschs Archiv, Bd. XI, VII, S. 331—335.

§ 3.

II. Die Wirkungen des Kompromisses.

Will man die rechtliche Natur eines Vertrages ergründen, so wird man den Vertragsgegenstand ins Auge fassen, also seinen Zweck und seine Wirkungen feststellen müssen. Man wird sich aber dabei bewußt sein müssen, daß man sehr wohl materiellrechtliche Zwecke verfolgen und auch erreichen kann, indem man formell prozeßrechtliche Verträge schließt oder zu schließen scheint. Das Erkennungsmerkmal ist auch hier die eingetretene Wirkung. Je nachdem sie materiell oder prozeßrechtlich ist, ist es auch der Vertrag. Zur Erläuterung dieser abstrakten Darlegungen sei auf den sogenannten Exklusivvertrag zum Zwecke des Ausschlusses bestimmter Zwangsvollstreckungsarten oder Befriedigungsobjekte verwiesen. Es vereinbaren die Parteien, einen gegenwärtigen oder künftigen Vollstreckungstitel nicht zum Zweck der Mobiliar-Zwangsvollstreckung zu verwenden oder bestimmte Gegenstände des schuldnerischen pfändbaren Vermögens nicht im Wege der Zwangsvollstreckung anzugreifen. Ein solcher Vertrag erscheint als ein prozessualer. Denn der Gläubiger verzichtet nicht auf seinen Anspruch, sondern auf seine Geltendmachung in bestimmter Richtung. Ein solcher Vertrag würde aber gänzlich unwirksam sein. Die vertragswidrig vorgenommene Zwangsvollstreckung besteht völlig zu Recht, ja der Vollstreckungsbeamte darf sich pflichtmäßig durch den Nachweis des Abschlusses eines solchen

Vertrags von der Vollstreckung nicht einmal abhalten lassen. Die Befugnis zur Zwangsvollstreckung auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels ist auch in öffentlichrechtlichem Interesse gegeben und genau wie die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit überhaupt nicht bindend verzichtbar. Als prozessualer Vertrag würde ein solcher Vertrag deshalb nichtig sein, weil ihm prozeßrechtliche Wirkung völlig abgeht. Die Vertragsgegner wollen aber auch gar keinen prozeßrechtlichen Vertrag abschließen. Ihr Wille geht darauf, daß gewisse Gegenstände des schuldnerischen Vermögens nicht Pfandobjekte des Gläubigers sein sollen und als solche zum Zwecke der Befriedigung verkauft werden. Das Pfandrecht aber ist ein materielles Recht, auf das der Gläubiger im Voraus verzichten kann. Sein Vertragsbruch berechtigt deshalb den Schuldner, die Pfändung als vertragswidrig anzufechten und seinen Schaden geltend zu machen.[1])

Der Zweck des Schiedsvertrags liegt einzig und allein in dem Ausschluß der ordentlichen staatlichen Gerichtsbarkeit für einen oder mehrere der Art oder Gattung nach bestimmte Rechtsstreitigkeiten.[1a])

Bedingt ist dieser Ausschluß durch das Vorhandensein eines wenigstens generell bestimmten Rechtsstreites[1b]), durch das Vorhandensein der subjektiven und objektiven Voraussetzungen der Vertragsgültigkeit[2]), vor allem aber durch die Möglichkeit des Zustandekommens des Schiedsgerichts und

---

[1]) Vergl. hierzu Dittrich, a. a. O., §§ 5 u. 6, S. 21 ff. bes. auch § 7, S. 39.

[1a]) Ob der Schiedsvertrag außerdem bezweckt, die staatliche Gerichtsbarkeit durch Privatgerichtsbarkeit zu ersetzen, ob er also auch noch eine positive Funktion hat, soll erst weiter unten untersucht werden; vergl. § 3 nach Note 35 im Text.

[1b]) Siehe oben § 2 bei Note 41—43a im Text.

[2]) Oben § 2.

des Schiedsspruches.[3]) Nur das letztere kann den Vertragsparteien die besonderen Verpflichtungen auferlegen, nach Maßgabe des Vertrags oder der ergänzenden Vorschriften der §§ 1028—1051 ZPO. zur Bildung des Schiedsgerichts mitzuwirken. Diese Verpflichtung ist aber nur Mittel zum Zweck und nicht Selbstzweck des Schiedsvertrags. Sie kann sehr wohl fehlen. Ist in dem Schiedsvertrag die Ernennung des Schiedsrichters bereits erfolgt oder einem Dritten überlassen oder besteht für gewisse Rechtsstreitigkeiten ein ständiges Privatschiedsgericht, dem die Parteien ihre Rechtsstreitigkeiten durch Schiedsvertrag unterwerfen, so hat es dabei sein Bewenden. Aber auch da, wo der eine Vertragsteil auf Erfordern des anderen einen oder mehrere Schiedsrichter zu ernennen verpflichtet ist, kann er hierzu nie gezwungen werden. Es tritt vielmehr bei seiner Säumigkeit auf Antrag des anderen Teils eine richterliche Ersatzernennung ein.[4])

Für die Untersuchung der rechtlichen Natur des Schiedsvertrags bleibt also nur als Vertragszweck die Ausschließung der ordentlichen staatlichen Gerichtsbarkeit übrig, die nach §§ 1025, 1026 ZPO. unter den dort näher angegebenen Voraussetzungen mit Rechtswirksamkeit ausgestattet ist.

Auffälliger Weise hat die Ansicht der Gelehrten den Schiedsvertrag fast einmütig als einen privatrechtlichen Vertrag beurteilt. Am meisten wird er für einen Vergleich gehalten. Daubenspeck[5]) erklärt radikal: „Wenn die Parteien sich geeinigt haben, daß Schiedsrichter entscheiden sollen, so ist der Rechtsstreit wie beim Vergleich beendet.“[5a])

[3]) Von allgemeinen Erlöschungsgründen: besonderen Bedingungen, Zeitbestimmungen, neuem aufhebenden Vertrag usw. braucht nicht weiter gesprochen zu werden. Siehe darüber Bornhak, a. a. O., S. 11, 12.

[4]) Vergl. §§ 1029, 1051 ZPO.

[5]) A. a. O., § 7.

[5a]) Demgegenüber erklärt Altenrath treffend, wenn der Schiedsvertrag geschlossen sei, fange der Streit erst eigentlich an.

Die Unrichtigkeit dieser Meinung liegt auf der Hand. Der Schiedsvertrag ist in seiner Wirkung, wie oben gezeigt[6]), vielfach bedingt, vor allem dadurch, daß ein Schiedsgericht wirklich zu Stande kommen und die Entscheidung des Rechtsstreits erledigen kann. Aber selbst wenn ein Schiedsgericht zu Stande gekommen ist, so ist der Streit in materieller Hinsicht keineswegs erledigt. Jeder Streitteil vertritt mit Energie sein Parteiinteresse und bekämpft das gegnerische. Dieser Kampf währt auch nicht nur bis zum Schiedsspruch, denn es kann nach § 1041 ZPO. seine Aufhebung aus mannigfachen Gründen beantragt werden und die Vollstreckung des Schiedsspruchs ist nach § 1042 ZPO. überhaupt nur statthaft, wenn die staatlichen Gerichte ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen haben. Kommt aber aus irgend einem Grunde tatsächlicher oder rechtlicher Natur kein Schiedsspruch zustande, so sind die ordentlichen Staatsgerichte trotz des auf ihren Ausschluß gerichteten Schiedsvertrags nach wie vor zur Entscheidung der Rechtsstreitigkeit befugt. Ja, sie können sogar von dem Kläger auch dann angegangen werden, wenn die Hinfälligkeit oder Unausführbarkeit des Schiedsvertrags nicht eingetreten ist. Die Richter können und müssen den ihnen unterbreiteten Rechtsstreit entscheiden, wenn der Beklagte sich nicht auf den Abschluß eines gültigen Schiedsvertrags beruft. Denn die Gerichte können das Bestehen eines solchen Vertrags nicht kennen und, wenn sie es kennen sollten, so handelt es sich dabei nicht um einen von amtswegen zu berücksichtigenden Umstand.[7])

[6]) Bei Note 1—3, besonders bei Note 3 im Text.

[7]) Auch Osterloh, a. a. O., § 16, Note 2, S. 26 meint, streitige bürgerliche Rechtssachen könnten außer durch Anrufung der Staatshilfe erledigt werden durch Vergleich. Dazu gehöre auch das compromissum in arbitrum.

Andere gehen nicht soweit wie Daubenspeck, können sich aber auch nicht von der Anschauung befreien, daß der Schiedsvertrag und der Vergleich nahe verwandt seien. So faßt Thibaut[8]) beide Verträge unter der Bezeichnung: „prozeßhindernde Verträge" zusammen, obwohl der Vergleich nicht eine prozeßhindernde, sondern eine rechtsvernichtende Tatsache ist, was man vom Schiedsvertrag nicht behaupten kann.[9]) Wieder andere bezeichnen den Schiedsvertrag als „eine Art Vergleich", schwächen aber ihre Behauptung noch dadurch ab, daß sie ihr „gewissermaßen" hinzufügen.[10]) Damit ist natürlich garnichts gewonnen. Vergleiche zweier Rechtsinstitute sind keine Konstruktionen, zumal wenn der Vergleich zwischen beiden stark hinkt, wie es hier der Fall ist. Nach Puchta[11]) hat der Schiedsvertrag die Wirkung eines Vergleichs. Dies findet der Genannte darin, daß das gültige Kompromiß die Geltendmachung der Obligatio hindere, sie aufhebe und an ihre Stelle den Inhalt des Arbitriums setze, ferner aber auch darin, daß es zur Anerkennung des Arbitriums verpflichtete. Im Anschluß an diese Ausführungen meint Andrè[12]), die Gültigkeit des

---

[8]) A. a. O., § 577ff. (zitiert von Hayum, Note 26, S. 15). Ähnlich Bethmann-Hellweg, Zivilprozeß des gemeinen Rechts, Bd. II, S. 109 (zitiert von Hayum a. a. O.): das Verhältnis habe die privatrechtliche Natur eines den Rechtsstreit aufhaltenden Vergleichs.

[9]) Siehe oben bei Note 1—3 und weiter im Text und unten, wo die rechtliche Natur des Schiedsvertrags in positiver Weise festgestellt werden wird.

[10]) So Risch, a. a. O. S. 41, ähnlich Overesch, a. a. O., § 5, S. 34, 35. Nach Crome, a. a. O. § 131 „ähnelt der Schiedsvertrag dem Vergleich."

[11]) Pandekten § 296, S. 420, Vorträge § 296, S. 158.

[12]) A. a. O. S. 18; vergl. auch Gruchot, a. a. O., S. 31, Mitteis, a. a. O. S. 346, Hayum, a. a. O. S. 15, stimmt fast wörtlich mit André überein, macht aber den Vorbehalt, es wolle damit nicht gesagt sein, daß das Kompromiß ein Vergleich sei. Die Parteien verzichteten nun eventuell wie bei einem Vergleich, in ersterer

Schiedsspruchs beruhe auf dem vorangegangenen Schiedsvertrag, der dahin gehe, daß man sich mittelbar so vergleiche, daß das Urteil eines Dritten den Inhalt des Vergleiches bestimme. Der Schiedsvertrag stehe demzufolge auf einer Linie mit dem Vergleiche und das Urteil des Schiedsrichters sei analog so zu behandeln, als wenn es den Inhalt eines unter den Parteien abgeschlossenen Vergleiches bilde.[13])

Diese Ansichten finden im modernen Recht eine scheinbare Stütze dadurch, daß Vergleich und Schiedsvertrag wiederholt nebeneinander genannt werden.[14]) Auffällig erscheint schon, daß § 220 BGB. die Verjährung eines strittigen Anspruchs schon mit dessen Geltendmachung bei einem zuständigen Schiedsgericht oder, bei noch nicht erfolgter Ernennung eines Schiedsrichters, mit der Vornahme des zur Erledigung der Sache Erforderlichen eintreten läßt, während der Vergleich die Verjährung sofort unterbricht.[15])

Wäre der Schiedsvertrag wirklich ein Vergleich, so müßte die Verjährung doch mit seinem Abschluß oder, wenn der Schiedsspruch hinzukommen muß und keine rückwirkende Kraft haben sollte, erst mit dessen Verkündung eintreten. Doch mag dieses unmittelbar aus dem Gesetz abgeleitete

---

Linie hofften sie, daß ihre Rechtsbehauptungen durch den Schiedsspruch als richtig anerkannt würden. Das Kompromiß sei also ein bedingter Vergleich, bedingt seinem Inhalt und seiner Wirkung nach. Danach wäre also das Kompromiß trotz aller Vorbehalte ein Vergleich, denn ein bedingter Vergleich ist auch ein Vergleich.

[13]) Von älteren Ansichten sei nur erwähnt, titius observ., S. 99: „compromissium est instar transactionis", Ayrer, a. a. O., S. 27: „transactio pius pro finita non habenda est quam totum compromissi negetium peractum hoc est sententia ab arbitro lata sit."

[14]) Vergl. Art. 137 des alten HGB. § 121, KO. § 1025, ZPO. § 1822 Ziffer 12 BGB.

[15]) Siehe § 208 BGB.

Argument auch nicht durchschlagend sein, so ist doch der Vergleich und der Schiedsvertrag wesentlich verschieden. Dies ergibt sich aus folgenden Betrachtungen. Die Nebeneinanderstellung von Vergleich und Schiedsvertrag rechtfertigt sich daraus, daß beide die Befugnis voraussetzen, über den Gegenstand des Rechtsstreits zu verfügen. Beide Rechtsinstitute setzen also auch voraus, daß ein Anspruch nach Existenz, Umfang, Inhalt oder Dauer strittig ist.[16]) Beide geben auch darauf, den Streit zu beseitigen.[17]) Das Mittel der Streitbeseitigung ist aber ein gänzlich verschiedenes. Bei dem Vergleich einigen sich die Streitteile durch gegenseitiges Nachgeben, indem sie unmittelbar auf den Anspruch einwirken und ihn selbst zum Gegenstand vertragsmäßiger Festsetzung machen. Beim Schiedsvertrag halten die Streitteile an ihren widersprechenden Rechtsstandpunkten fest und suchen sie auch im schiedsgerichtlichen Verfahren nach Kräften zu behaupten. Sie wollen noch nicht einmal mittelbar über den Anspruch verfügen, ihn selbst also auch nicht zum Gegenstand ihrer vertragsmäßigen Festsetzungen machen. Was sie beabsichtigen, ist lediglich, den staatlichen Rechtsweg auszuschließen und nötigenfalls an Stelle der ordentlichen Staatsgerichte ein außerordentliches Privatgericht darüber entscheiden zu lassen. Es ist deshalb auch ganz irrig, wenn behauptet wird, der Schiedsvertrag verpflichte die Parteien, den Schiedsspruch als Recht

[16]) Die Unsicherheit der Anspruchsverwirklichung reicht aber nur zum Vergleich, nicht zum Schiedsvertrag aus. Siehe darüber oben § 2 bei Note 51 und 52 im Text.

[17]) Übereinstimmend Altenrath, a. a. O., S. 30. Wenn er aber behauptet, daß Vergleich und Schiedsvertrag gemeinsam darauf gingen, den Streit außergerichtlich zu beseitigen, so ist das schon ungenau, da der Vergleich auch im Prozeß zur Streitbeseitigung abgeschlossen werden kann. Die Streitbeseitigung bezweckt übrigens auch das gerichtliche Verfahren, welches den Schiedsvertrag ausschließen will.

anzuerkennen und zu befolgen.[18]) Die verpflichtende Wirkung des Schiedsspruchs beruht vielmehr auf der gesetzlichen Anerkennung des schiedsrichterlichen Verfahrens im allgemeinen und auf § 1040 ZPO. im besonderen, wonach der Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils hat. Die den Schiedsvertrag Schließenden können also sich nicht darauf berufen, daß sie sich dem Schiedsspruch nicht hätten unterwerfen wollen. Wenn aber die Parteien durch den Schiedsspruch nicht einmal mittelbar über den strittigen Anspruch verfügen wollten, warum verlangt dann das Gesetz durch seine Nebeneinanderstellung mit dem Vergleich für seinen Abschluß Verfügungsbefugnis über den streitigen Anspruch? Einfach deshalb, weil im Erfolge und auch ohne die Absicht der Parteien durch den von ihnen gewählten Schiedsrichter eine Verfügung über den Streitgegenstand stattfindet, an die sie selbst kraft Gesetzesvorschrift gebunden sind, als wenn sie die Verfügung selbst vorgenommen hätten.[19]) Dasselbe

[18]) So z. B. Hayum, a. a. O., S. 8, Overesch, a. a. O., S. 8, 48, 49. Richtig Altenrath, a. a. O., S. 33. Man kann deshalb auch nicht mit Hayum, S. 15, behaupten, der Schiedsspruch habe konstitutive Wirkung. Seine Wirkung ist deklarativ. Sehr vorsichtig, aber nichtsdestoweniger unrichtig behauptet Kohler in Buschs Archiv XLVII, S. 334, Note 4 und in Grünhuts Zeitschrift XIV, S. 30, aus dem Schiedsvertrag der Parteien schöpfe der Schiedsspruch seine zivilistische Wirkung. Übereinstimmend mit Kohler sagt Hellwig, Anspruch und Klagerecht § 95, Ziffer 4, S. 505, 506: „Der Schiedsvertrag bindet die Parteien kraft der vertragsmäßigen Unterwerfung, kraft der Vereinbarung, das als richtig anzuerkennen, insbesondere das leisten zu wollen, worauf der Schiedsspruch lauten wird." Vergl. auch Hellwig Lehrbuch S. 57, Windscheid-Kipp, § 415, Ziffer 1, S. 789, Crome, a. a. O., § 131, Note 1, S. 580.

[19]) Daraus erklärt es sich auch, warum nach 1, 16, § 11, 1, 34, § 1, 2, D. 21, 2, 1, 17, C. 8, 44 dem Käufer, dem eine gekaufte Sache evinziert worden ist, ein Regreßrecht gegen seinen Verkäufer zusteht, wenn er sich die Sache gerichtlich hat abstreiten lassen, daß aber nach 1, 56, § 1, D. 21, 2 dieses Regreßrecht versagt wird, wenn der Käufer

Verhältnis findet zwar auch bei dem richterlichen Urteilsspruch statt, dieser aber beruht auf der staatlichen Autorität, die auch Dritte anerkennen müssen. Der Schiedsspruch aber kann deshalb, weil er nur auf einem Privatvertrag beruht und aus ihm seine Kraft schöpft, für Dritte regelmäßig keine Autorität beanspruchen. Außerdem aber bietet das Schiedsverfahren trotz aller Liebhaberei gewisser Laienkreise dafür schon deshalb viel geringere Garantien, wie der ordentliche Prozeß, weil die Laienrichter weder Gewähr für Rechtskenntnis, noch für Unparteilichkeit bieten. Das materielle Recht brauchen sie überhaupt nicht zu beachten, wenn es ihnen der Schiedsvertrag nicht zur besonderen Pflicht macht. Was aber das Rechtsgefühl des Laien und sein subjektives Empfinden selbst bei vorhandenem besten Willen zutage fördern, ist dem richterlichen Urteil nur dann als ebenbürtig zu erachten, wenn man langjährige Studien und einen in strenger Gerichtstätigkeit gefestigten Sinn mit souveräner von keiner Sachkunde getrübter Verachtung ansieht.[19a])

Das Kompromiß hat danach mit dem Vergleich keine irgendwie geartete Ähnlichkeit. Höchstens könnte man mit Weizsäcker[20]) sagen, beim Kompromiß bezöge sich der Vergleich der Parteien bloß auf die Person des Schieds-

ohne Not kompromittiert und durch den Schiedsspruch die Sache an den Dritten verloren hat. Daraus aber zu schließen, daß das Kompromiß nicht als eine Ausführung von Rechten im Rechtsstreit, sondern als ein freiwilliges, wenn auch bedingtes Hingeben des Streitgegenstandes angesehen worden sei, wie es Mayer, a. a. O., S. 9 tut, ist weder notwendig, noch auch nur zulässig. Die im Text vertretene Ansicht teilt auch Kohler im Gruchot XXXI, S. 286.

[19a]) Über die Mängel des schiedsrichterlichen Verfahrens und seine großen Gefahren siehe besonders Neubauer in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß B. XVIII, S. 506—515, Reinhard, im Recht IX, Nr. 15, 16, S. 406—411, von Romocki im Recht XI, Nr. 3, Spalte 176, 178, Mosler im Recht XI, Nr. 5, Spalte 301—302, Fuld in der Zeitschrift für Sozialwissenschaft, VII, Nr. 1, S. 59—61.

[20]) a. a. O., S. 99.

richters, die similitudo läge nur auf der Seite des judiciums. Das ist aber überhaupt kein Vergleich im Sinne des § 779 BGB., da weder von einer zu beseitigenden Ungewißheit von Rechtsverhältnissen, noch von einem gegenseitigen Nachgeben der Parteien zwecks Einigung die Rede sein kann.[21] [22])

Auch der Versuch Mayers,[23]) den Schiedsvertrag als Novation aufzufassen und ersteren mit der Litiskontestation auf eine Stufe zu stellen, kann nicht als glücklich bezeichnet werden. Im alten römischen Recht mochte der Litiskontestation Novationswirkung beigemessen werden, weil ursprünglich jede condemnatio eine pecuniaria war und weil zufolge der prozeßkonsumierenden Wirkung der Litiskontestation der ursprüngliche Anspruch nicht von neuem geltend gemacht werden konnte. Nachdem aber die prozessualische Konsumtion durch Gewohnheitsrecht und Kaisergesetze größtenteils beseitigt worden war und der Prätor durch die Einführung der actio arbitraria das Mittel gefunden hatte, auf das Interesse zu verurteilen, wurde es schon im spätkaiserlichen Prozeß allgemein üblich, den Schuldner zur Naturalbefriedigung seines Gläubigers zu verurteilen und dies im Wege der Spezialexekution zu erzwingen: Die Novationswirkung der Litiskontestation ist also längst schon für den

---

[21]) Dies gibt Mayer, Note 1, S. 8, selbst richtig zu. Crome, a. a. O., § 131, S. 580 meint, jeder Streitteil wolle zur Beseitigung des Streits nach Maßgabe des Schiedsspruchs nachgeben.

[22]) Nach § 500 ZPO. können die Parteien an ordentlichen Gerichtstagen zur Verhandlung des Rechtsstreits ohne Ladung und Terminbestimmung vor Gericht erscheinen und ihre Rechtsstreitigkeiten zur Entscheidung bringen; nach § 510 ZPO. können die Parteien, die im Sühneverfahren einen Vergleich nicht geschlossen haben, auf übereinstimmenden Antrag ihren Rechtsstreit sofort verhandeln und ein Urteil erbitten. Hier liegen auch Einigungen der Parteien vor, für Vergleiche hat das aber bezeichnender Weise wohl noch niemand gehalten.

[23]) a. a. O., S. 11.

ordentlichen Prozeß verschwunden. Umsoweniger aber wird man dem Schiedsvertrag, der nicht einmal mit der Litiskontestation gleichwertig ist, für das moderne Recht solche Wirkung beimessen dürfen, geschweige ihn für Novation zu halten berechtigt sein. Das taten die Römer nicht einmal mit der Litiskontestation selbst. Wenn beim schiedsrichterlichen Verfahren etwas novierend wirkt, so ist es höchstens der Schiedsspruch, aber nicht der Schiedsvertrag. Da aber der Schiedsspruch kein Vertrag ist, so ist es auch verfehlt, ihn für eine Novation zu erklären.[24])

So versagen alle Mittel, den Schiedsvertrag für das heutige Recht als materiellrechtlichen Vertrag zu konstruieren. Anders lagen die Verhältnisse allerdings im römischen Recht. War das Kompromiß durch nudum pactum zustande gekommen, so war seine einzige Wirkung, daß der freigesprochene Beklagte der Klage vor dem ordentlichen Gericht ein Exceptio veluti pacti de non petendo entgegensetzen konnte; hatte eine stibulatio sententia stari stattgefunden, so hatte außerdem der Kläger eine actio ex stipulatu auf das Interesse, wenn der durch Schiedsspruch verurteilte Beklagte nicht freiwillig leistete. War aber dem compromissum eine gegenseitige Strafstipulation hinzugefügt, so konnte diese mit actio ex stipulatu eingeklagt werden.[25]) Die Reformen Justinians beschränkten sich darauf, daß er dem anerkannten oder binnen 10 Tagen nicht widersprochenen Schiedsspruch auch ohne Strafversprechen Klagbarkeit verlieh.[26]) Das ist

[24]) Gegen Mayer auch Hayum, a. a. O., S. 16, 17, Altenrath, a. a. O., S. 31.

[25]) Siehe besonders Mayer, a. a. O., § 6, S. 22—24. Nur gegen Juden war der Schiedsspruch nach 1, 8, C. 1, 9 direkt vollstreckbar. Vergl. auch André, a. a. O., S. 3 ff.

[26]) Die eidliche Bestärkung des Schiedsvertrags sollte dieselbe Wirkung haben. Das hat aber Justinian 10 Jahre später selbst

aber natürlich keine direkte Wirkung des Schiedsvertrags. Wohl aber hatte der Wegfall der Stipulation und die Anerkennung der Klagbarkeit der formlosen Verträge zur Folge, daß nach und nach die Anschauung sich Bahn brach, daß der Schiedsspruch, der auf einem formlosen Schiedsvertrag beruhte, auch ohne jedes Strafversprechen erzwingbar sei. Da der Schiedsspruch aber nicht Urteil ist, so wenig wie das Verfahren vor dem Schiedsgericht als Prozeß zu gelten hat, so konnte der Schiedsspruch auch nicht mittels actio judicati, sondern mittels actio ex sententia verwirklicht werden. Diese sententia aber nahm ihre Kraft freilich mittelbar aus dem Schiedsvertrag. Denn der Ausschluß der ordentlichen Gerichtsbarkeit bezweckt doch nur, die zwischen den Parteien obwaltende Rechtsstreitigkeit durch ein Privatgericht entscheiden zu lassen. Denn jener Ausschluß ohne gleichzeitige Unterwerfung mindestens generell bezeichneter Rechtsstreitigkeiten unter die Entscheidung eines Schiedsspruchs ist wirkungslos, da Ansprüchen, denen das Recht die Erzwingbarkeit zuerkannt hat, nicht durch Vertrag der Parteien diese Eigenschaft verlieren können, weil solche nicht selbständige Rechte sind, die der Verfügung der Parteien und ihres Verzichts fähig sind.[27])

Insbesondere würde durch einen solchen Verzichtsvertrag nie die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs erzeugt werden können, da der Rechtsweg den Gegensatz zum Verwaltungsweg bildet und die Zuteilung der einzelnen Rechtsstreitigkeiten zur einen oder anderen Gruppe stets nur auf Vorschriften des öffentlichen Rechts, nicht auf Partei-

wieder beseitigt. Das kanonische Recht hat mit seinem Grundsatz, daß alle Eide zu halten seien, zwar die Frage nach der Wirkung eines eidlich bekräftigten Schiedsvertrags aufgerollt. Dieser Streit ist aber für das moderne Recht ohne Bedeutung.

[27]) Vergl. Dittrich, a. a. O., § 6, S. 33.

vertrag beruhen kann.[28]) Es ist aber schon oben[29]) ausgeführt, daß die Rechtskraftwirkung und die Erzwingbarkeit des Schiedsspruch überhaupt nicht auf dem Willen der Parteien beruhen oder wenigstens nicht zu beruhen brauchen. Wenn aber heute nirgends mehr der Schiedsvertrag eine Verpflichtung der Parteien zur Befolgung des Schiedsspruchs enthält, diese Verpflichtung vielmehr eine gesetzliche ist, so ist auch von einer materiellen Wirkung des Schiedsvertrags heute nichts mehr übrig geblieben. Die Klage auf Erlaß eines Vollstreckungsurteils könnte also nur als actio ex sententia oder geradezu als actio ex lege bezeichnet werden. Sie steht der actio judicati im wesentlichen gleich und ist von einer Kontraktsklage in jeder Richtung verschieden. Von ersterer unterscheidet sie sich heute nur dadurch, daß jene zu einem bloßen Antrag auf Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung zusammengeschrumpft ist, während die Klage auf Erlaß eines Vollstreckungsurteils diejenigen richterlichen Prüfungen noch ermöglichen soll, die dem richterlichen Urteil schon vorausgegangen sind.

Schon für das gemeine Recht beruht es auf einer Verkennung der rechtlichen Natur des Schiedsvertrags, daß man aus ihm eine oblicatio auf Erfüllung des Schiedsvertrags konstruierte und den Richter ermächtigte und verpflichtete, auf erhobene Klage auf Erfüllung des Schiedsvertrags diesen nach privatrechtlichen Grundsätzen nachzuprüfen. Ungerechtfertigt war auch die gemeinrechtliche

[28]) Sachlich ebenso Wach, § 7, Anm. 29, S. 72, Hayum, a. a. O., S. 61, Seufferts Archiv XXXVII, N. 156, Entscheidung des Reichsgerichts, II, S. 313—316, VIII, S. 349, 350, X, S. 367, 368 XI, S. 66, XVI, S. 336, 370, 371, vergl. auch VIII, S. 398, 399, XVII, S. 177, XXI, S. 101, XXII, S. 4, XXXVI, S. 77, Gaupp-Stein, a. a. O., § 547, Note IIb, S. 76, Bunsen, a. a. O., S. 409, Wach, Handbuch § 8 bei Note 60 im Text, S. 100, Dittrich, a. a. O., § 3, S. 12, 13.

[29]) Nach Note 18 im Text.

Ansicht, der Schiedsspruch könne wegen laesio enormissima angefochten werden, wenn diese ganz deutlich aus den Akten festgestellt werden könne.[30])

Die Beseitigung dieser materiellen Anfechtungsgründe in der Zivil-Prozeß-Ordnung läßt erkennen, daß das Gesetz sich bewußt geworden ist, daß der Schiedsvertrag im modernen wie ja schon im gemeinen Recht, eine materielle Verpflichtung zur Erfüllung des Schiedsspruchs nicht begründet, weil er überhaupt kein privatrechtlicher Vertrag ist.

Dies leugnet Wach.[31]) Er hält den Schiedsvertrag für ein rein privates und privatrechtliches Geschäft, das aber publizistische Wirkung habe. Diese Wirkung verleihe ihm aber keine publizistische Natur. Die Einrede des Kompromisses behaupte, daß das Recht nicht festgestellt werden dürfe durch den Richter, sondern allein durch Schiedsrichterspruch. Sie lehne in diesem Sinne den Rechtsschutzanspruch ab. Damit erscheine in der Tat diese Einrede als Ver-

---

[30]) Vergl. Glück, a. a. O. Ziffer 5, S. 99 unter Berufung auf Lauterbach, Stryck, Meier, Struv, Hofacker. Man berief sich dabei auf § 66 des Reichsabschieds von 1594. Glück selbst erklärt aber, dieser Gerichtsgebrauch verstoße gegen den Sinn der Gesetze. Trotzdem ließ sich die Gesetzgebung von ihm beeinflussen. So gestattete das Württembergische Landrecht I 70 § 12 eine Reductio ob laesionem enormissimam, die Bayr. ZPO. von 1861 Art. 1340 und die Bad. Prozeßordnung § 1080 gewährten dagegen gegen einen Schiedsspruch die im Schiedsvertrag vorbehaltene Berufung, wenn sie auch gegen das Urteil des ordentlichen Gerichts zulässig gewesen wäre. Im Gegensatz dazu ließen die preuß. allgem. Gerichtsordnung I. 2, § 173—175 und der Code de procedure, Art. 1010, 1023 die nicht ausdrücklich im Schiedsvertrag ausgeschlossene Berufung gegen einen Schiedsspruch zu. Nach der ZPO. § 1040 (alte Fassung 866) sind dagegen ordentliche Rechtsmittel überhaupt ausgeschlossen. Das hindert aber nicht, daß die Streitteile einen schiedsgerichtlichen Instanzenzug zulassen können, vergl. Reichsgerichtsentscheidung XVII S. 434, XLI S. 256, Wiesner, a. a. O. § 3, S. 9 bei Note 1 im Text und die in Note 1 zitierten.

[31]) A. a. O. S. 67, 72.

meinung der Defensionspflicht, als eine Form der Rechtsverwirklichung, nicht ihren Inhalt betreffende, als prozessualische, nicht als materielle Einrede. Sicher ist der Schiedsvertrag ein privater Vertrag. Denn die Privatpersonen können ihn nach ihrem Belieben abschließen und er hat Rechtswirkung, wenn seine gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Ein privatrechtliches Geschäft würde er aber doch nur sein, wenn über den Anspruch selbst durch ihn verfügt würde. Dies ist aber nach Wachs eigenen Ausführungen nicht der Fall. Er erklärt, der Schiedsvertrag berühre den Anspruch seiner Existenz nach nicht, es liege in ihm weder ein Verzicht auf das Recht, noch eine Stundung, auch mache er das Recht nicht aus einem erzwingbaren (klagbaren) zu einem nicht erzwingbaren (klaglosen), die obligatio nicht aus einer civilis zu einer naturalis. Die Einrede des Kompromisses behaupte nur, daß das Recht nicht festgestellt werden dürfe durch den Richter, sondern allein durch Schiedsrichterspruch. Hält man an diesen Ausführungen fest, die mit denjenigen des Verfassers völlig übereinstimmen, bedenkt man aber, daß die Natur eines Rechtsgeschäftes sich danach richtet, auf welchem Gebiete sein Zweck liegt und seine mit dem Willen der Vertragsparteien übereinstimmenden Wirkungen sich betätigen, so möchte man zu dem Schluß gelangen, daß der Schiedsvertrag überhaupt kein materieller, sondern ein Prozeßvertrag ist.[31a])

Der Begriff der Prozeßverträge ist allerdings ganz modern und hat zur Zeit des Erscheinens von Wachs Handbuch überhaupt noch kaum existiert. Er verdient aber volles Bürgerrecht in der juristischen Wissenschaft.

[31a]) Sehr richtig bemerkt Bornhak, a. a. O. S. 1: „Der Schiedsvertrag ist kein Vertrag über das streitige Rechtsverhältnis, sondern über die Geltendmachung des streitenden Rechts."

Kohler[32]) führt aus, daß der Vertrag nicht nur eine Rechtsgestalt des Zivilrechts sei: er sei eine Rechtsfigur, welche jedes Rechtsgebiet aus sich erzeugen werde, wo immer der Initiative des Individuums ein hervorragender Einfluß im Rechtsleben gestattet werde. Es gebe Verträge des publizistischen Rechts, wie es solche des Privatrechts gebe; es gebe auch Verträge des Prozeßrechts — Verträge, welche, obgleich Privatgeschäfte, Privatakte d. h. autoritätslose Akte, bei denen lediglich die Vertragsunterwerfung maßgebend sei, aber Privatakte, welche kraft dieser Privatunterwerfung den Prozeß beeinflußten.

Man hat die Gültigkeit der Prozeßverträge damit bekämpft, daß man erklärte, das Prozeßrecht als jus publicum könne pactis privatorium nicht geändert werden. So lautet freilich die Regel. Wo aber selbst das Prozeßrecht selbst Ausnahmen gestattet, da sind sie selbstverständlich gültig. Zu diesen Ausnahmen gehören der Prorogations- und der Schiedsvertrag.[33]) Der erstere hat kompetenzbegründende,[34]) der letztere hat kompetenzvernichtende Wirkung.

---

[32]) Über prozeßrechtliche Verträge und Kreaturen, in Gruchot XXXI, S. 276ff. Der Verfasser ist im übrigen weit entfernt, den Ausführungen Kohler's in allen Stücken zuzustimmen. Insbesondere sind ein Teil seiner sogen. Prozeßverträge zweifellos materiellrechtliche Verträge (siehe oben § 3 im Anfang); andere sogen. Exklusivverträge sind sicher teilweise unzulässig und ohne jede Rechtswirkung für das materielle, wie für das Prozeßrecht. Vergl. hierzu Dittrich, a. a. O.

[33]) Ganz irrig Hayum, S. 12, in Konsequenz seiner Ansicht von der materiellen Natur des Schiedsvertrags, für den Schiedsvertrag hätte es des Ausspruches des Gesetzgebers über seine Zulässigkeit nicht bedurft. Es wäre auch zulässig gewesen, wenn die Prozeßordnung sich über ihn ausgeschwiegen hätte.

[34]) Ob der Prorogationsvertrag gleichzeitig die gesetzlichen Gerichtsstände ausschließen kann, ist strittig, kommt aber hier nicht in Betracht. Vergl. Wach, a. a. O., § 43, S. 503, 504. Nach den Motiven zu § 38—40 ZPO. und den Gesetzesworten möchte man kaum geneigt sein, die kompetenzvernichtende Wirkung des Proro-

Freilich gilt dies nur in dem Sinne, daß die Vertragsparteien diese Wirkung geltend machen können, nicht etwa, daß ihre Vertragsbestimmungen den Richter wie ein Gesetz zur Beobachtung verpflichteten.

Streit herrscht darüber, ob der Schiedsvertrag außer seiner negativen Funktion, gerichtet auf Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit, noch eine positive habe. Die etwaige positive kann keinesfalls eine kompetenzbegründende sein. Denn da das schiedsrichterliche Verfahren kein Prozeß im Sinne der Prozeßordnung ist, so kann auch die Entscheidungsmacht der Schiedsrichter nicht als Kompetenz aufgefaßt werden. Kohler [35]) findet trotzdem eine positive Funktion des Schiedsvertrags darin, daß er ein das Prozeßverhältnis ersetzendes Verfahren erzeuge.[35a]) Das Gegenteil möchte das Richtigere sein.

Es ist bereits[35b]) ausgeführt, daß der Ausschluß der staatlichen Gerichtsbarkeit dadurch bedingt ist, daß ein Schiedsgericht, welches die Rechtsstreitigkeit entscheiden soll, zustande kommen und den Schiedsspruch abgeben kann. Der Schiedsvertrag muß also mindestens die Absicht der Parteien erkennen lassen, ihre Rechtsstreitigkeit zur Beurteilung des Schiedsgerichts bringen zu wollen. Dem Schiedsgericht fehlt die Gerichtsbarkeit überhaupt. Sie ist ein Ausfluß der Machtvollkommenheit des Staates; sie kann

gationsvertrags anzuerkennen. Wie Wach, so erkennt auch Kohler, in Gruchot XXXI, S. 290, 291 privative Prorogationsverträge als zulässig an.

[35]) a. a. O. XXXI S. 518 bei Note 181 im Text, im Gegensatz zu Wach, a. a. O. S. 67.

[35a]) Windscheid-Kipp, a. a. O. § 415 Ziffer 3, S. 790 findet die positive Seite des Schiedsvertrags darin, daß von Seiten beider Parteien versprochen wird, alles tun zu wollen, was ihrerseits nötig ist, um den Schiedsrichter zur Fällung des Spruchs in den Stand zu setzen. Das würde im Wesentlichen mit Kohlers Ansicht übereinstimmen.

[35b]) Bei Note 3 und 28 im Text.

durch Vertrag, also durch Privatrechtsgeschäft nie begründet werden.[36]) Ein Ersatz der ausgeschlossenen Staatsgerichtsbarkeit existiert also, genau genommen, überhaupt nicht, wenn man auch von der mehr äußerlichen Ähnlichkeit des richterlichen Urteils mit dem Schiedsspruch ausgehend das schiedsgerichtliche Verfahren als einen Ersatz des Prozeßverfahrens zu bezeichnen pflegt. Wenn aber die Parteien vereinbart haben, ihre Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter entscheiden zu lassen, so ist damit der ordentliche Prozeßweg ausgeschlossen, so lange die Möglichkeit schiedsgerichtlicher Entscheidung nicht ausgeschlossen ist, mag das geplante Schiedsgericht zustande gekommen sein, mag das zustandegekommene einen Schiedsspruch gefällt haben oder nicht. Die Parteien schließen auch oft für künftige Rechtsstreitigkeiten, deren Entstehung sie nur als möglich erachten, den Rechtsweg aus. Sie haben diese feste Absicht vielleicht in der bestimmten Hoffnung, daß ein Schiedsgericht gar nicht erforderlich sein werde, weil sie als friedliebende, ehrliche Männer in erster Linie annehmen, etwaige Rechtsstreitigkeiten durch außergerichtlichen Vergleich beilegen zu können. Der Vertrag auf Unterwerfung von Rechtsstreitigkeiten unter die Entscheidung von Schiedsrichtern schließt also die ordentliche Gerichtsbarkeit schon ohne wei-

[36]) Ist aber das schiedsgerichtliche Verfahren überhaupt kein Prozeß, so kann auch ein Vertrag auf Begründung eines Schiedsgerichts kein auf das Prozeßrecht seine Wirkung ausübender, also kein prozeßualischer Vertrag sein. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß das schiedsrichterliche Verfahren in der ZPO. geregelt ist. Die ZPO. regelt nur das Zustandekommen des Schiedsgerichts, die Wirkung des Schiedsspruchs, die Möglichkeit seiner Vollstreckbarkeit und seiner Anfechtung. Das Verfahren vor dem Schiedsgericht ist den Parteien und bei deren Schweigen den Schiedsrichtern überlassen, soweit nicht aus § 1041 Ziffer 3—5 die fundamentalsten Sätze des gerichtlichen Verfahrens auch für das schiedsrichterliche Verfahren vorgeschrieben sind. Übrigens können die Parteien auch auf die Befolgung dieser Vorschriften verzichten.

teres aus, auch wenn ein Schiedsgericht noch gar nicht gebildet ist. Es darf nur die Möglichkeit dazu und zur Abgabe eines Schiedsspruchs nicht ausgeschlossen sein. Er ist also nur Mittel zum Zweck, weil ohne die Eröffnung der Möglichkeit schiedsgerichtlicher Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit diese nicht den ordentlichen Gerichten entzogen werden kann. Sie ist nicht Selbstzweck. Genau so verhält es sich auch mit der Verpflichtung der Parteien zur Bildung eines Schiedsgerichts nötigenfalls mitzuwirken. Kommen sie ihrer Verpflichtung nicht nach, so ist trotzdem das ordentliche Gericht ausgeschlossen. Kommt nur ein Teil jener Pflicht nicht nach, und kann auch durch Ersatzernennung durch den ordentlichen Richter keine Hilfe gebracht werden, so entfällt die Möglichkeit der Entscheidung durch ein Schiedsgericht und die ausgeschlossene ordentliche Gerichtsbarkeit tritt wieder in ihre Rechte ein.

Ein wenig bearbeitetes Feld ist die Frage nach den Erfordernissen der prozessualen Verträge. Hier, wo sich die Beschränkung auf den Schiedsvertrag aus dem Zweck der Abhandlung ergibt, wird man also nur die Frage zu beantworten haben, welche Normen für den genannten Vertrag zu gelten haben.

In § 2 sind unmittelbar aus den Bestimmungen der ZPO. selbst die Voraussetzungen der Gültigkeit der Schiedsverträge untersucht worden. Es kann aber unbedenklich behauptet werden, daß beim Schweigen der ZPO. die Vorschriften für die zivilistischen Verträge auch auf die prozessualischen Anwendung zu finden haben.[37])

[37]) Vergl. zu dem folgenden Kohler in Gruchot XXXI S. 495 ff Wenn dieser Gelehrte meint, für prozeßrechtliche Verträge sei die Geschäftsfähigkeit die Prozeßfähigkeit, so möchte dies für den Schiedsvertrag wenigstens unrichtig sein. Dies ergibt sich aus § 1025, wonach die Fähigkeit und Befugnis zum Vergleichsabschluß die Voraussetzung für den Abschluß eines Schiedsvertrags bildet. (Vergl. die entgegengesetzten Argumentationen bei Kohler S. 495, 496.)

Selbstverständlich ist, daß Niemand sein eigener Richter sein kann. Dem widerspricht die von dem Richter verlangte Objektivität. Es kann auch niemand mit sich selbst einen Schiedsvertrag abschließen.

Ein zivilistischer Vertrag, dessen Leistungsinhalt von einer der Parteien willkürlich bestimmt sein soll, verfällt nach § 315 BGB. der Nichtigkeit,[38]) wohl aber kann die Leistung durch einen der Vertragsschließenden nach dessen billigem Ermessen festgesetzt werden. Es möchte deshalb nichts im Wege stehen, wenn der Schiedsvertrag der einen Partei das ausschließliche Recht auf Ernennung der Schiedsrichter einräumen sollte.[39]) Der andere Teil hat nach § 1032 ZPO. das Ablehnungsrecht. Auch ein Dritter kann durch den Schiedsvertrag zur Ernennung der Schiedsrichter ermächtigt sein, genau so, wie er den Leistungsinhalt nach §§ 317—319 bei den zivilistischen Verträgen bestimmen kann. Da Rechtsgeschäfte nach § 225 BGB. auch formlos gültig sind, soweit das Gesetz eine Form nicht vorgeschrieben hat, so wird man auch für den Schiedsvertrag, da für ihn eine besondere Form nirgends vorgeschrieben ist, mündlichen Abschluß für genügend halten müssen. Würde freilich ein formelles Rechtsgeschäft mit einem Schiedsvertrag verknüpft sein, so wird man die Formvorschrift für beide Geschäfte verlangen müssen. Beide Geschäfte behalten zwar ihre selbständige Natur als zivilistische und prozessualische Geschäfte, aber bei Nichtigkeit des ersteren wegen Verletzung der Formvorschrift kann Gegenstand des letzteren doch wohl nur die Entscheidung über die Existenz jener Nichtigkeit sein.[40])

[38]) Vergl. Cosack, Lehrbuch d. d. bürgerl. Rechte § 84 2b. S. 294, l. 71 D. de leg. I (30).

[39]) So die Kommentare von Puchelt, Wilmowski u. Levy a. M. Kohler, a. a. O. S. 498 bei Note 127.

[40]) Siehe die ausführlichen Darlegungen Kohlers in Gruchot XXXI S. 481—496, und List, a. a. O. S. 31.

Die Hinzufügung einer Frist oder einer Bedingung zu einem Schiedsvertrag muß in das Belieben der Parteien gestellt sein. Da aber § 1032 Abs. 2 ZPO. die Ablehnung eines nicht in dem Schiedsvertrag ernannten Schiedsrichters deshalb erfolgen kann, weil er die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert, und da nach § 1033 Ziffer 2 ZPO. der Schiedsvertrag beim Mangel vertragsmäßiger Vorsorge außer Kraft tritt, wenn bestimmte, im Schiedsvertrag ernannte Schiedsrichter die Erfüllung ihrer Pflichten ungebührlich verzögern, so muß jede einem Schiedsvertrag hinzugefügte Zeitbestimmung als nichtig erachtet werden, wenn sie dazu dienen soll, das Ablehnungsrecht der Parteien oder das Erlöschen des Schiedsvertrages auszuschließen. Denkbar wäre es allerdings auch, in solchen Fällen den ganzen Schiedsvertrag als wirkungslos zu erklären, denn er ist nicht geeignet, die staatliche Gerichtsbarkeit in gültiger Weise auszuschließen.

Die analoge Anwendung der für Willenserklärungen und Verträge in den §§ 133, 157 BGB. aufgestellten Auslegungsregeln ist für die Auslegung der Schiedsverträge gar nicht zu entbehren.[41]) Es bedarf keines Beweises, daß die Parteien durch einen neuen Gegenvertrag den geschlossenen Schiedsvertrag wieder aufheben können, denn als Privatwillensakt unterliegt er ihrer Verfügung, wie ein zivilistischer Vertrag. Aber auch der Vorbehalt einseitigen Rücktritts nach §§ 346, 349 BGB. wird unbedenklich beim Schiedsvertrag als zulässig zu erklären sein. Dagegen wird man nicht in analoger Anwendung des § 326 BGB.

[41]) Siehe oben § 1 bei Note 18 im Text und Note 18 selbst. Anderer Meinung Pollack, a. a. O. S. 33, 50 f., welcher behauptet, bei prozessualen Verträgen habe sich das Gericht nur an die Erklärung der Parteien zu halten, ohne auf den ihnen zugrunde liegenden Willen einzugehen. Vergl. dazu Kohler, Beiträge S. 256 f. und Bunsen, a. a. O. S. 408.

dem einen Vertragsteil ein (nicht vorbehaltenes, also gesetzliches) Rücktrittsrecht einräumen können, wenn der andere Teil mit der Ernennung des Schiedsrichters in Verzug kommt, denn für diese Fälle haben die §§ 1029 und 1031 ZPO. eine anderweite Regelung getroffen.

Diejenige Partei, die den Schiedsrichter ernannt hat, ist mit dem Empfang der Anzeige darüber durch den Gegner an die getroffene Wahl nach § 1030 ZPO. gebunden. Nach römischem Recht trat eine Vererblichung des Schiedsvertrags nur ein, wenn er ausdrücklich auf die Erben gestellt war. Diese Vorschrift ist im X. Buche der Zivilprozeßordnung nicht anerkannt, sie hat also keine Gültigkeit. Vielmehr wird man nach den allgemeinen Grundsätzen des materiellen Rechts nicht nur einen Übergang auf Gesamtrechtsnachfolger, sondern auch auf Sonderrechtsnachfolger anzuerkennen haben.

Alles dies würde natürlich genau ebenso Geltung beanspruchen, wenn der Schiedsvertrag ein zivilistischer wäre. Es ist aber zu beweisen versucht worden, daß ihn seine lediglich das Gebiet des Prozeßrechts berührenden Wirkungen und sein Zweck als Prozeßvertrag charakterisieren. Diese Feststellung ist absichtlich unter Zugrundelegung der alten Zivilprozeßordnung erfolgt. Nach ihr ist die Einrede des Schiedsvertrags keine prozeßhindernde Einrede, da sie der § 247 der alten ZPO. nicht erwähnt. Sie ist auch insbesondere nicht als Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs aufzufassen.[42]) Ebensowenig kann aus dem Abschluß des Schiedsvertrags die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts oder der Rechtshängigkeit abgeleitet werden.

Die erstere Einrede setzt voraus, daß nach gesetzlicher Anordnung oder auf Grund eines Prorogationsvertrags die richterliche Entscheidungsgewalt des einen gegen das

[42]) Siehe oben bei Note 28 im Text.

andere ordentliche Gericht abgegrenzt ist und daß der Kläger diese Grenzen nicht beachtet hat.[43])

Die letztere Einrede ist deshalb hinfällig, weil der Schiedsvertrag, ja nicht einmal das schiedsrichterliche Verfahren Rechtshängigkeit erzeugen kann, da letzteres kein Prozeß im Sinne der Zivilprozeßordnung ist.[44])

So war die Einrede des Schiedsvertrags nach der alten Zivilprozeßordnung zwar eine prozeßrechtliche, aber keine prozeßhindernde. Dies ist aber nach § 274, Ziffer 3 ZPO. anders geworden. Damit ist auch der letzte Zweifel an der prozessualen Natur des Schiedsvertrags beseitigt.

---

[43]) Ebenso Reichsgerichtsentscheidung VIII, S. 348, Hayum, a. a. O., S. 61.

[44]) Der Sache nach ebenso Wach, a. a. O., S. 72.

§ 4.

III. Voraussetzungen und rechtliche Natur des Rezeptums.

Das Rezeptum setzt nach den Ausführungen des § 1 den Abschluß eines Kompromisses voraus; mindestens muß letzteres in Aussicht genommen sein, dann aber würde das erstere durch den Abschluß des letzteren aufschiebend bedingt sein. Da der Schiedsrichter nur konkrete Rechtsstreitigkeiten entscheiden kann, so ist die Erfüllung seiner Schiedsrichterpflichten ferner bedingt, durch die Entstehung und Übertragung des betreffenden Rechtsfalls, mag er auch sonst schon vorher in sonst unbedingter Weise die Funktionen als Schiedsrichter übernommen haben.

Bei dem Rezeptum sind Parteien: einesteils die Parteien des Kompromisses, andernteils der oder die Schiedsrichter.

Was die Fähigkeit der Parteien des Kompromisses zum Abschluß eines Rezeptums anlangt, so ergibt sich zunächst ganz von selbst, daß diese Fähigkeit mit derjenigen zum Abschluß eines Kompromisses sich deckt. Denn es würde widersinnig sein, wenn jemand einen gültigen Schiedsvertrag schließen, aber kein Rezeptum zu Stande bringen könnte oder wenn Streitteile zwar Schiedsrichter ernennen dürften, aber von dem Abschluß von Schiedsverträgen ausgeschlossen wären. Denn Kompromiß und Rezeptum sind nur in Verbindung miteinander im Stande, die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch Privatrichter herbeizuführen.

Der Zweck des Kompromisses, die staatliche Gerichtsbarkeit auszuschließen, setzt freilich, wenigstens nach modernem Recht, nicht die Ernennung der Schiedsrichter und den Abschluß des Rezeptums voraus. Es muß nur die Möglichkeit hierfür bestehen.[1])

Die Person des Schiedsrichters war im römischen Recht mancherlei Beschränkungen unterworfen. Unfähig zum Schiedsrichteramt waren Wahnsinnige, Unmündige, Stumme, Taube, Sklaven, Frauen, Personen unter 20 Jahren, der zum ordentlichen Richter bestellte und endlich die Partei selbst.[2])

Das kanonische Recht beseitigte die Unfähigkeit der Frauen zum Schiedsrichteramt, soweit sie ordentliche Gerichtsbarkeit hatten und verbot Schiedsverträge auf Laien de rebus spiritualibus, wenn der kirchliche Richter dies nicht ausdrücklich genehmigte.[3])

Die Zivilprozeßordnung kennt keine Unfähigkeitsgründe. Doch versteht es sich von selbst, daß Niemand sein eigener Richter sein kann; die Parteien können weder separatim noch conjunctia ihre eigenen Schiedsrichter sein.[4]) Es kann ja auch regelmäßig Niemand mit sich selbst einen Vertrag abschließen und sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein. Ferner setzt der Zweck der Schiedsrichterernennung als unumgänglich erforderlich den Besitz der Geisteskräfte voraus.[5]) Das Maß der erforderlichen Geisteskräfte des Schiedsrichters kann aber ein sehr verschiedenes sein und die Gültigkeit des Rezeptums ist von den größeren oder geringeren geistigen

---

[1]) Siehe oben § 3 bei Note 3 im Text.

[2]) Vergl. Mayer, a. a. O. § 10, S. 53, 54. Hayum, a. a. O. § 4, S. 44 und die daselbst zitierten Quellenstellen.

[3]) Kap. 4, 8, X, 1. 43, Mayer, a. a. O. S. 55.

[4]) Vergl. auch oben § 3 bei Note 38 im Text und Wach, a. a. O. § 7, S. 70 bei Note 24 im Text.

[5]) Vergl. Wach, a. a. O. S. 70, Note 24.

Fähigkeiten des Schiedsrichters unabhängig, es sei denn, daß der Vertragsschluß auf Grund der §§ 104, 105, 114 BGB. wegen fehlender oder wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit nichtig ist. Da der Schiedsrichter seine Funktionen selbst ausüben muß, so nützt ihm auch die Genehmigung oder der Vertragsschluß durch den Vater, Vormund oder Pfleger nichts. Das Rezeptum bleibt nichtig.[6])

Die Zivilprozeßordnung gibt in § 1032 ein umfängliches Ablehnungsrecht gegenüber Schiedsrichtern, die an sich gültig ernannt sind. Es können danach Schiedsrichter aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, ferner Frauen, Minderjährige, Taube, Stumme und Personen, denen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, und endlich ein nicht im Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter wegen ungebührlicher Verzögerung der Erfüllung seiner Pflichten. Da die Ablehnungsgründe sämtlich verzichtbar sind, so kann auch stillschweigend ein solcher Verzicht wirksam erklärt werden, z. B. durch Ernennung eines ablehnbaren Schiedsrichters mit Kenntnis der Ablehnbarkeit oder durch Einlassen auf eine Verhandlung vor einem ablehnbaren Schiedsrichter bei gleicher Kenntnis. Das letztere ergibt sich auch noch besonders daraus, daß § 1032 das Ablehnungsrecht unter den Voraussetzungen der Ablehnung eines Richters gewährt, § 43 ZPO. aber in dem vorgedachten Falle die Ablehnung ausschließt.[7])

Hierbei sind einige Streitfragen zu erwähnen:

Mayer[8]) führt aus, die sämtlichen Gründe, die einen Richter von der Ausübung des Richteramts nach § 41 ZPO.

[6]) Das übersehen Hayum, a. a. O. S. 44 und Mayer, a. a. O. S. 57.

[7]) Siehe Mayer, a. a. O., S. 57, ebenso Overesch, a. a. O., § 4, S. 25.

[8]) a. a. O., S. 56.

ausschlössen, seien gegenüber dem Schiedsrichter bloße Ablehnungsgründe. Dies ist zweifellos schon deshalb richtig, weil es bei Schiedsrichtern Unfähigkeitsgründe überhaupt nicht gibt[9]) und weil ein Richter auch aus denjenigen Gründen abgelehnt werden kann, aus denen er unfähig zur Ausübung des Richteramtes ist.[10]) Von der vorgedachten Regel will Mayer aber den Fall ausschließen, daß der Schiedsrichter in derselben Rechtsstreitigkeit in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung oder als beauftragter oder ersuchter Richter mitgewirkt hat.[11]) Er begründet seine Ansicht damit, daß dieser Unfähigkeitsgrund sich seiner Natur nach nur auf die Tätigkeit eines ordentlichen Richters beziehe; es werde die Anfechtung einer Entscheidung vorausgesetzt, über die ohnedies nur das ordentliche Gericht urteilen könne. Tatsächlich und nach dem regelmäßigen Gang der Dinge wird freilich der Fall undenkbar sein, daß eine richterliche Tätigkeit in der Sache selbst bereits entfaltet worden ist und daß das Schiedsgericht nunmehr nachträglich in Tätigkeit tritt und die Ablehnung der Schiedsrichter in Frage stehen könnte. Das Gesetz setzt auch voraus, daß eine Entscheidung in früherer Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren ergangen ist und daß diese angefochten wird. Das weist deutlich auf den Instanzenzug des ordentlichen Verfahrens hin, kann aber auch von der Anfechtung des Schiedsspruchs aus § 1041 ZPO. verstanden werden. Irrig ist es sicher, wenn

---

[9]) Vergl. aber die Einschränkung bei Note 4—6 im Text. Overesch, S. 25 meint gegen Mayer, a. a. O., S. 57, die Gründe, aus denen ein Richter unfähig sei, seien bei dem Schiedsrichter zwar Ablehnungsgründe, sie gingen aber nicht durch vorbehaltlose Einlassung verloren. Das erscheint grundlos und willkürlich.

[10]) §§ 42, Abs. 1, 1032 ZPO.

[11]) § 41, Ziffer 6, ZPO., Mayer, a. a. O., S. 56.

Hayum[12]) meint, der Begriff der „Anfechtung" in § 41, Z. 6, ZPO. dürfe nicht im technischen Sinne verstanden werden, eine angefochtene Entscheidung im Sinne des § 41, Z. 6, ZPO. liege auch dann vor, wenn die Parteien nach dem Vorliegen des erstinstanzlichen Urteils ein Kompromiß schlössen. Über einen rechtskräftig ab- oder zuerkannten Anspruch kann ein Schiedsvertrag nur stattfinden, wenn der Inhalt des Urteils dunkel ist. Dann liegt aber nie und nimmer eine Anfechtung des Urteils vor.[13]) Trotzdem wird man der gegenteiligen Ansicht von Mayer nicht zustimmen können, da ein schiedsgerichtlicher Instanzenzug auf Grund der Vereinbarung der Parteien zulässig ist.[13a]) In solchem Falle können Schiedsrichter abgelehnt werden, die bei der früheren schiedsrichterlichen Entscheidung mitgewirkt haben.

Eine weitere Streitfrage ist, ob die Partei, die von ihr selbst ernannten Schiedsrichter ablehnen kann.[13b]) Man wird sie wohl bejahen müssen, wenn man bedenkt, daß § 1032 ZPO. ganz allgemein und ohne jede Beschränkung das Ablehnungsrecht gewährt, daß ferner Ablehnungsgründe nicht nur später bekannt werden, sondern auch entstehen können. Gegen Mißbrauch des Ablehnungsrechts schützt genügend sein drohender Verlust.[14])

Geltend zu machen ist das Ablehnungsgesuch nach § 1045 ZPO. bei dem ordentlichen Richter. Der § 44, Abs. 1, ZPO., wonach das Ablehnungsgesuch bei dem Gericht, dem der abzulehnende Richter angehört, anzubringen

---

[12]) a. a. O., S. 49.

[13]) Warum das gerade ein erstinstanzliches sein soll, ist auch ganz unerfindlich.

[13a]) Vergl. oben § 3, Note 30.

[13b]) Bejahend Mayer, a. a. O., § 10, S. 58, Overesch, a. a. O., § 4, S. 25, unter Bezugnahme auf Struckmann und Koch, Endemann und Seuffert. Verneinend Wilmowski und Levy, Note 1 zu § 858 bezw. 1032 ZPO.

[14]) Siehe dazu oben bei Note 7 im Text.

ist, gilt also für das schiedsrichterliche Verfahren nicht. Das schließt aber wohl nicht aus, daß die Ablehnung auch vor dem Schiedsgericht erklärt werden kann.[15]) Gibt der abgelehnte Richter den Ablehnungsgrund zu und tritt zurück, so bedarf es in analoger Anwendung des § 45, Abs. 2, Satz 2, ZPO. einer förmlichen Entscheidnng über das Ablehnungsgesuch nicht.

Damit sind die Parteien und der Gegenstand des Rezeptums klargestellt. Es ist schon an anderer Stelle kurz erwähnt, daß das Rezeptum stets ein Vertrag ist, auch wenn die Parteien getrennt voneinander mit den von ihnen ernannten Schiedsrichtern jenen Vertrag abschließen, ja selbst wenn auf Grund der §§ 1029, 1031 ZPO. der ordentliche Richter an Stelle der säumigen Partei als deren gesetzlicher Stellvertreter die Schiedsrichter ernennt.[16]) [17]) Welcher Art aber dieser Vertrag ist, darüber gehen die Ansichten auseinander.

Der Zweck des Vertrags ist jedenfalls die Übernahme der Schiedsrichterfunktion durch den Schiedsrichter. Die Streitteile wollen ihre Rechtsstreitigkeit durch Schiedsrichter entscheiden lassen. Diese erklären sich hierzu bereit.

Diese Übernahme des Schiedsrichteramts war schon in Rom rechtswirksam, denn der Prätor verhieß in seinem Edikt, gegen den säumigen Schiedsrichter auf Anrufen der Parteien einen Zwang zur Abgabe seines Schiedsspruchs

---

[15]) Etwas abweichend Kleinadan, a. a. O., S. 123, der für das Recht der Zivilprozeßnovelle die Anwendbarkeit des § 44, Abs. 1, ZPO. behauptet. Zuzustimmen ist ihm, wenn er im Gegensatz zu Gaupp-Stein behauptet, Anwaltszwang könne für das Ablehnungsgesuch nicht verlangt werden, auch wenn es zur Entscheidung eines Landsgerichts gehöre.

[16]) Siehe oben § 1 nach Note 7 und bei Note 8 im Text.

[17]) Daraus wird man den Schluß ziehen müssen, daß bis zur Ernennung des Schiedsrichter durch den ordentlichen Richter die Ernennung durch die säumige Partei nachgeholt werden kann.

auszuüben. Voraussetzung dafür war generell der Abschluß eines ordentlichen Kompromisses und speziell die Prüfung des vorliegenden Einzelfalls. Dieser Zwang war aber ein direkter durch Multen, Poenen, missio in bona oder pignoris capio auf Grund einer extraordinario, nicht die Verleihung einer Klage an die Streitteile, mit der sie vor dem judex ihren arbiter zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten hätte zwingen können.[17a]) Es ist also ausgeschlossen, daß das Rezeptum ein pactum proetorium war. Aber auch ein pactum legitimum war das Rezeptum nicht. Denn wenn auch Justinian die klagbare Wirkung des Schiedsspruchs unter besonderen Voraussetzungen anerkannt hat, so hat er doch damit in keiner Weise die verpflichtende Wirkung des Rezeptums geändert. Diese bestand schon lange vor Justinian.

Für das gemeine Recht hat man versucht, das Rezeptum unter die Konsensualkontrakte zu versetzen. Am nächsten lag, es als locatio conductio operarum oder operis oder auch als mandatum aufzufassen. Gegen das erstere spricht der Umstand, daß die Dienste der arbiter operæ liberales, quæ locari mon solent, sind und daß ferner ein Lohen dafür durchaus nicht notwendig, ja vielleicht nicht einmal üblich ist. Bei der Annahme eines Mandats[18]) fallen jene beiden Bedenken fort. Aber der Mandatar könne das

[17a]) Das war bekanntlich beim entgeltlichen Mandat ursprünglich auch so, daß eine Honorarforderung nicht mit actio mandati contraria geltend gemacht werden konnte, sondern nur um Wege der extraordinaria cognitio. Letztere griff vor allem in solchen Fällen Platz, wo ein öffentlichrechtliches Interesse dafür sprach, daß der Prätor im Verwaltungswege durch Machtspruch entschied. Vergl. Sohm, a. a. O., § 56, S. 284. Ein solches öffentliches Interesse lag aber nur vor bei der Verpflichtung des Schiedsrichters zur Angabe seiner Sententia.

[18]) So von Cujaccius, Kurz, S. 24 (Zitiert von Weiszäcker, S. 63, Note 4, Glück, a. a. O. S. 74, 97, Daubenspeck, a. a. O. S. 41, Gruchot, XVI, S. 36 u. Anderen.

Mandat jederzeit kündigen, der Schiedsrichter nicht,[19]) und die römischen Rechtsquellen enthielten bei der Erwähnung des Rezeptums nichts von einer actio mandati.[20]) Man kam deshalb zu dem übereinstimmenden Schluß, daß das Rezeptum überhaupt kein rein privatrechtlicher Kontrakt gewesen sei, sondern das öffentlichrechtliche Momente den Zwang des Prätors hervorgerufen und gestaltet hätten.[21])

Die Zivilprozeßordnung bestimmt über die Wirkungen des Rezeptums nichts und läßt damit deutlich genug erkennen, daß diese Wirkungen keine prozeßrechtlichen sind. Nur die Folgen der Ungültigkeit oder des Erlöschens des Rezeptums für das schiedsrichterliche Verfahren sind als prozeßrechtliche geregelt.[22])

Bornhak[23]) leugnet zunächst schon für das römische Recht die Vertragsnatur des Rezeptums und behauptet dafür die Verpflichtung des Schiedsrichters kraft öffentlichen Rechts. Die gemeinrechtliche Auffassung des Rezeptums als eines mandatsähnlichen Vertrags hängt nach seiner Ansicht aufs engste zusammen mit der Vergleichsnatur des Kompromisses. Die Zivilprozeßordnung habe den Zwang gegen den Schiedsrichter vollends fallen gelassen. Für einen Vertrag scheine deshalb kein Raum zu sein. Ein Vertrag, der keinen der vertragschließenden Teile binde, widerspreche dem Wesen des Vertragsbegriffs. Daß der Schiedsrichter bei arglistigem Rücktritt den Parteien schadenersatzpflichtig

[19]) Er hat nach römischem und gem. Rechte nur eine Anzahl Exkusationsgründe. Vergl. darüber Mayer, a. a. O. S. 62 und unten bei Note 35 im Text.

[20]) Vergl. Weiszäcker, a. a. O. S. 63, 64, Mayer, a. a. O. § 9, S. 52, Overesch, a. a. O. § 7, S 45.

[21]) Weiszäcker, a. a. O. S. 66, Mayer, a. a. O. S. 52, Glück, a. a. O. S. 74ff., Kurz, a. a. O. S. 23ff. (zitiert von Mayer a. a. O.), Overesch, a. a. O. § 7, S. 46, Matthias, a. a. O. S. 28ff.

[22]) Vergl. §§ 1031, 1033, aber auch § 1032 ZPO.

[23]) A. a. O. IV, 2, S. 38.

werden könne, sei keine Folge des Vertrags, sondern seiner Arglist.

Diese Ausführungen gehen fehl. Zunächst übersieht Bornhak zwar nicht, daß im § 1033 Ziffer 1 ZPO. bestimmt wird, daß der Schiedsvertrag außer Kraft tritt, wenn der Schiedsrichter „von den mit ihm geschlossenen Verträge" zurücktritt. Aber es ist völlig unbegründet, wenn er meint, diese Worte seien eine Erinnerung an das gemeinrechtliche Rezeptum; um mehr als bloße Worte handle es sich dabei nicht. Sodann berücksichtigt seine Auslegungsmethode nicht, daß in den §§ 1032, 1033 ZPO. die prozessualischen Folgen der Verzögerung der Erfüllung der Schiedsrichter-„Pflichten" angegeben sind. Pflichten können hier doch aber nur bei obligatorischen Rechtsverhältnissen entstehen. Da es im freien Willen des Schiedsrichters liegt, ob er die Funktionen als Schiedsrichter annehmen oder ablehnen will, so kann es sich auch nicht um gesetzliche Verpflichtungen handeln. Entsteht aber eine Obligation auf Grund gegenseitiger Willensübereinstimmung der Parteien, wie dies hier der Fall ist, so ist die Vertragsnatur des Rezeptums nicht in Zweifel zu ziehen.[24]) Im Rezeptum liegt aber ein Schiedsverhältnis zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien, kraft dessen der Gläubiger d. h. die Parteien berechtigt sind, von dem Schuldner, dem Schiedsrichter, eine Leistung, nämlich den Schiedsspruch zu fordern.[25])

Über die rechtliche Natur des Rezeptums haben sich aber weder das Bürgerliche Gesetzbuch, noch die Motive[26]) ausgesprochen. Letztere erklären nur, daß der Vertrag,

---

[24]) Nach § 305 BGB. ist zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

[25]) Vergl. § 241 BGB.

[26]) Mugdan, Motive Bd. 2 S. 367f, vergl. Planck II S. 524.

welcher die Übernahme der schiedsrichterlichen Verpflichtung zum Gegenstand habe, einer besonderen Bestimmung nicht bedürfe.

Geht man davon aus, daß der Schiedsrichter öffentlich-rechtliche Funktionen schon deshalb nicht auszuüben hat weil ihm solche die Streitteile gar nicht auferlegen können und weil der Schiedsspruch zwar die Wirkungen eines gerichtlichen Urteils zwischen den Streitteilen, aber nicht einmal Vollstreckungskraft hat, so stellt sich die von dem Schiedsrichter geschuldete Leistung lediglich als eine privatrechtliche dar, die er im Interesse seiner Gegenkontrahenten übernimmt.[27]) Das Rezeptum ist also ein rein privatrechtlicher Vertrag.

Nach den Begriffsfestsetzungen des Bürgerlichen Gesetzbuches würde von den sogen. typischen Verträgen für das Rezeptum in Betracht kommen der Werkvertrag und der Auftrag. Der Dienstvertrag scheidet ohne weiteres aus, da bei diesem nicht ein Arbeitserfolg, sondern ein Arbeitsquantum zu leisten ist, bei dem Rezeptum aber nur der Arbeitserfolg, der Schiedsspruch, Gegenstand der Vertragsverpflichtung ist. Bedenkt man aber, daß ein Rezeptum dem Schiedsrichter sehr wohl ausdrücklich oder stillschweigend die Berechtigung verleihen kann, eine Vergütung für seine Tätigkeit zu beanspruchen, so scheidet der Begriff des Auftrags nach § 662 BGB. ohne weiteres aus, da nach dieser Vorschrift die Übernahme des Geschäfts zur Besorgung unentgeltlich sein muß. Verfehlt würde es sein, das Rezeptum je nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit als Werkvertrag oder als Auftrag anzusehen. Denn es ist klar, daß ein Vertrag seinen Charakter nicht durch solche mehr oder weniger nebensächliche Umstände verändern kann. Der Werkvertrag aber läßt ausdrücklich die Entgeltlichkeit oder

[27]) Übereinstimmend Kohler in Gruchot XXXI S. 324.

Unentgeltlichkeit des Vertrags für seinen Begriff außer Betracht. Ist keine Vergütung vereinbart, so ist nach § 632 BGB. die Frage aufzuwerfen und zu beantworten, ob der durch die Dienstleistung herbeizuführende Erfolg den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war. Letzterenfalls gilt dies als stillschweigend vereinbart. Der Werkvertrag geht nach § 631 BGB. in erster Linie auf Herstellung des versprochenen Werkes, es kann aber auch irgend ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg Gegenstand des Werkvertrags sein. Der Schiedsspruch ist aber der von den Streitteilen gewollte Erfolg, den die Dienstleistung der Schiedsrichter herbeiführen soll.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß von den vom Werkvertrag handelnden §§ 631—651 BGB. der Sache nach nur wenige auf den Schiedsspruch Anwendung finden können. Dazu gehören, abgesehen von dem obenerwähnten § 632, zuerst § 641, wonach die Vergütung, wenn eine solche zu entrichten ist, mit der „Abnahme des Werkes", d. h. im vorliegenden Falle mit dem Erlaß des Schiedsspruchs[28]) fällig wird und eine nicht gestundete Vergütung in Geld von demselben Zeitpunkt an mit 4 %[29]) zu verzinsen ist. Nach dem § 649 BGB. können die Streitteile als Gegenkontrahenten des Schiedsrichters jederzeit in den Vertrag bis zur Vollendung des Werkes, also ebenfalls bis zum Erlaß des Schiedsspruchs[30]), kündigen; es wird aber dadurch ihre Honorarverpflichtung nur um soviel gemindert, als der Schiedsrichter durch die Aufhebung des Vertrags Aufwendungen erspart oder als er durch anderweite Ver-

[28]) Vergl. aber auch § 1039 ZPO.

[29]) Vergl. § 246 BGB.

[30]) Nicht etwa, bis er unterschrieben, niedergelegt und zugestellt ist, wenn er bereits erlassen ist.

wendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder absichtlich zu erwerben unterläßt.[31]) Der Unternehmer, als der Schiedsrichter, hat aber, wenn er seine Tätigkeit vertragsmäßig übernommen hat, kein Kündigungsrecht. Er ist vielmehr verpflichtet, die übernommenen Dienste auch wirklich zu leisten. Der Schiedsvertrag als Werkvertrag hat aber eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand. Unter Geschäftsbesorgung versteht man „die auf den Abschluß eines Rechtsgeschäfts oder auf die Vornahme einer zwar nicht rechtsgeschäftlichen, aber doch rechtlich das Vermögen des Vertragsgegners berührenden Handlung gerichtete Tätigkeit".[32]) Das letztere ist bei dem Rezeptum der Fall. Der Schiedsrichter soll die Rechtsstreitigkeit seiner Vertragsgegner entscheiden und übt durch die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruchs auf deren Vermögen ein. Man kann auch nicht einwenden, eine Geschäftsbesorgung setze stets ein fremdes Geschäft voraus, daran fehle es aber bei dem Rezeptum, weil die Parteien nicht Richter ihrer eigenen Streitsache sein könnten. Der Rechtsstreit ist jedenfalls deren eigene Angelegenheit: seine Entscheidung soll in ihrem Interesse erfolgen. Als Richter können sie zwar ihre Streitsache nicht entscheiden, rechtlich können sie aber sehr wohl den Grund des Streites durch Untersuchung des zugrunde liegenden Tatbestandes aufklären, die tatsächlichen oder rechtlichen Ungewißheiten beseitigen und so in Willensübereinstimmung die Ansprüche feststellen. Nur gehört dazu die obengenannte Willensübereinstimmung. Fehlt sie aus tatsächlichen Gründen, so fällt auch ihre „Entscheidungsgewalt" fort, da kein Streitteil den anderen zu seiner Ansicht zwingen kann, der Streit also fortbesteht, dessen Entscheidung nunmehr nur durch Dritte, die staatlichen Richter oder die gewählten Schiedsrichter,

[31]) Vergl. auch § 650 BGB., der vielleicht auch beim Rezeptum in Betracht kommen könnte.

[32]) Vergl. Cosack, a. a. O. § 143 II 1, S. 508, § 147 II 2. S. 526.

möglich ist. Aber auch abgesehen davon, ist die Rechtsstreitentscheidung für den Schiedsrichter wie jede andere Geschäftsbesorgung nicht davon abhängig, daß das zu besorgende Geschäft von den Geschäftsherren auch selbst besorgt werden kann, wenn es nur nicht die eigene Angelegenheit des Geschäftsführers ist. Das ist es aber nie, auch wenn er z. B. wegen des zu erwartenden Honorars gleichzeitig ein eigenes Interesse an Ausübung seiner Tätigkeit hat. Denn dieses letztere Interesse verwirklicht sich erst dadurch, daß der Geschäftsführer im Interesse des anderen Vertragsteils tätig gewesen ist.

Nach § 675 BGB. finden auf einen geschäftlichen Werkvertrag eine Anzahl von Vorschriften aus dem Recht des Auftrags entsprechende Anwendung. Hierher gehören, abgesehen von den weniger bedeutsamen Vorschriften der §§ 663, 665—668 BGB., die Bestimmungen der §§ 669, 670 BGB., nach denen der Schiedsrichter für die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Anwendungen von den Streitteilen Vorschuß verlangen und für sie die zum Zweck des Erlasses des Schiedsspruchs gemachten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, Ersatz beanspruchen kann.

Von besonderer Bedeutung ist die entsprechende Anwendung der §§ 672—674 BGB. auf das als geschäftlichen Werkvertrag sich darstellende Rezeptum.

Daraus ergeben sich folgende Sätze:

Das Rezeptum erlischt beim Mangel entgegenstehender Bestimmungen der Parteien nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines der Streitteile.[33])

---

[33]) Dies würde mit dem Regelfall des § 86 ZPO. übereinstimmen, wonach die Prozeßvollmacht weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben wird. Im Gegensatz zu dem im Text genannten Satz stehen aber für das Ver-

Bestimmt das Rezeptum das Gegenteil, so hat der Schiedsrichter bei Gefahr im Verzug[34]) das schiedsrichterliche Verfahren fortzusetzen, bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter des gestorbenen oder geschäftsunfähig gewordenen Streitteils für einen anderweitigen Schiedsrichter Fürsorge treffen kann. Das Rezeptum gilt insoweit als fortbestehend.

Durch den Tod des Schiedsrichters würde das Rezeptum nach § 673 im Zweifel erlöschen. Hier aber treten die Sonderbestimmungen der §§ 1031, 1033 ZPO. in Kraft. Unterschieden wird, ob der Schiedsrichter im Schiedsvertrag ernannt ist oder nicht. Im ersteren Falle tritt der Schiedsvertrag außer Kraft, soforn nicht für diesen Fall durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen ist. Das Rezeptum ist aber auch in letzterem Falle erloschen. Dies gilt auch dann, wenn nur einer der mehreren Schiedsrichter stirbt oder sonst wegfällt oder vom Rezeptum zurücktritt, die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert oder wenn unter mehreren Schiedsrichtern Stimmengleichheit besteht. Stirbt aber ein im Schiedsvertrag nicht ernannter Schiedsrichter (oder, was gleichsteht, fällt er sonst weg oder verweigert er die Übernahme oder die Ausführung des Schiedsrichteramts), so bleibt der Schiedsvertrag zwar bestehen, das Rezeptum aber erlischt ebenfalls; es ist aber durch Bestellung eines anderen Schiedsrichters, also auch durch ein neues Rezeptum die Aufrechterhaltung des schiedsrichterlichen Verfahrens möglich. Mit anderen Worten: das Rezeptum erlischt durch den Tod des Schiedsrichters

fahren vor den ordentlichen Gerichten die Vorschriften der §§ 239 u. 241 ZPO., wonach durch den Tod einer Partei oder den Verlust ihrer Prozeßfähigkeit eine Unterbrechung des Verfahrens eintritt, außer wenn ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden ist und dieser die Aussetzung des Verfahrens beantragt. (§ 264 ZPO.) Danach ist das schiedsrichterliche Verfahren weniger streng, als das gerichtliche.

[34]) z. B. bei dem drohenden Verlust von Beweismitteln.

und kann auch nicht durch den Willen der Parteien auf dessen Erben erstreckt werden. Das Erlöschen des Rezeptums aus anderen Gründen als durch Widerruf ist dem Schiedsrichter gegenüber erst dann wirksam, wenn sie jenes Erlöschen erfahren oder Schuld daran haben, daß sie es nicht erfahren haben.

Diese aus dem bürgerlichen Recht geschöpften Sätze passen sich dem Recht des Rezeptums ungezwungen und in brauchbarer Weise an. Sie stimmen fast allgemein mit den bereits im römischen Recht, vor allem aber mit den im gemeinen Recht anerkannten Grundsätzen überein. Dies beweist mittelbar wieder, daß die gewählte Konstruktion des Rezeptums als eines geschäftlichen Werkvertrags richtig ist.

Nur ein Punkt verlangt noch Aufklärung.

Im früheren Recht konnte der Schiedsrichter zwar nicht das Rezeptum kündigen, es standen ihm aber eine Reihe sogen. Exkusationsgründe zu Gebot, unter denen er sich von einem bereits übernommenen Schiedsrichteramte wieder befreien konnte. Hierher gehören leichtsinnige Übernahme seitens eines Minderjährigen über 20 Jahre, hohes Alter, Krankheit, eigene dringende Geschäfte, notwendige Reisen, Übernahme von Staatsämtern, Beleidigung oder Feindschaften durch oder mit den Streitteilen usw.[35]) Davon ist im bürgerlichen Recht nirgends die Rede. Zwar bestimmt § 671 Abs. 3 BGB., daß der Beauftragte zur Kündigung des Auftrags auch dann berechtigt ist, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat, sofern er wichtige Gründe für die Kündigung hat. Aber in § 675 BGB. ist die gedachte Bestimmung für den geschäftlichen Werkvertrag nicht für anwendbar erklärt. Ferner hat der Schiedsrichter

[35]) Genaueres bei Mayer, a. a. O., S. 62. Die eigentlichen Exkusationsgründe (siehe Note 57) mußten aber erst nach Übernahme des Schiedsrichteramts entstanden sein, sonst hätte die Übernahme abgelehnt werden müssen.

überhaupt kein Kündigungsrecht, er kann also auch nicht darauf verzichtet haben. Die Gleichstellung von einem fehlenden und einem durch Verzicht ausgeschlossenen Kündigungsrecht ist aber eine juristische Unmöglichkeit. Man wird also für das bürgerliche Recht annehmen müssen, daß der Schiedsrichter grundsätzlich ein Rücktrittsrecht nicht hat, außer wenn er es sich vertragsmäßig vorbehalten hat. Es wird auch in den meisten Fällen das Ablehnungsrecht der Parteien genügen, wenn besondere Umstände eintreten, die die Unbefangenheit des Schiedsrichters in Zweifel ziehen oder wenn der nicht im Schiedsvertrag benannte Schiedsrichter die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert.[36]) Das eine oder andere wird bei den gemeinrechtlichen Exkusationsgründen immer vorliegen.[37])

Wie aber wenn die Streitteile von ihrem Ablehnungsrecht keinen Gebrauch machen sollten?

Es ist in § 1033 ZPO. die Rechtsfolge des Rücktritts des im Schiedsvertrag ernannten Schiedsrichters von dem mit ihm geschlossenen Vertrag geregelt. In anderer Weise bestimmt § 1031 ZPO. was zu geschehen hat, wenn ein nicht im Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert. Damit wird in keiner Weise der Frage vorgegriffen, ob ein solcher Rücktritt oder eine solche Weigerung berechtigt ist oder nicht.[37a])

[36]) Die ungebührliche Verzögerung seiner Pflichterfüllung durch den im Schiedsvertrag benannten Schiedsrichter läßt nach § 1033, Ziffer 1, ZPO. den Schiedsvertrag erlöschen.

[37]) Antiquiert ist natürlich der erste der obengenannten Exkusationsgründe, da Minderjährige Schiedsrichter nur mit Genehmigung ihrer gesetzlichen Vertreter werden können, sie diesfalls aber auch zur Ausübung ihrer Funktionen verpflichtet sind. Es war übrigens Restitutionsgrund.

[37a]) Ganz abweichend Overesch, a. a. O., § 4, S. 26, 27, das aus den prozessualen Vorschriften darüber, was zu geschehen hat, wenn ein Schiedsrichter die Ausübung seines Amtes verweigert, die

Erlischt der Schiedsvertrag, weil der in ihm ernannte Schiedsrichter vom Rezeptum zurücktritt, so ist auch dieses selbst erloschen.[38]) Es kann also schon aus diesem Grunde der Schiedsrichter wegen unbegründeten Rücktritts nicht auf Abgabe seines Schiedsspruchs verklagt werden. Ist aber der Schiedsrichter nicht im Schiedsvertrag ernannt und verweigert er die Ausführung seines Amtes, so wäre an sich eine Klage auf Vertragserfüllung nicht ausgeschlossen. Das Gesetz aber will es offenbar nicht, weil es Anordnungen trifft zur Ernennung eines anderen Schiedsrichters.

Ferner ist davon auszugehen, daß das Schiedsrichteramt auf persönlichem Vertrauen beruht und daß der Schiedsspruch einer anderen Person als des gewählten Schiedsrichters keinen Ersatz zu bieten vermag. Es kann also der Schiedsspruch nach dem Willen der Streitteile durch einen Dritten nicht abgegeben werden; es hängt aber auch schließlich vom Willen des Schiedsrichters ab, ob er den Schiedsspruch abgeben will. Es ließe sich also eine Verurteilung zur Vertragserfüllung wohl denken, sie wäre aber für die Streitteile wertlos, da nur ein willensfreier Schiedsrichter in objektiver und geeigneter Weise eine Entscheidung fällen kann. Nach § 888, Abs. 2, ZPO. ist auch die Vollstreckung eines solchen Urteiles durch Androhung von Geld- oder Haftstrafen unzulässig. Das Gesetz schließt diese Vollstreckungsart allerdings nur aus im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag. Allein der Werkvertrag ist auch ein, wenn auch ein besonders gearteter

materielle Berechtigung zu solcher Weigerung herauskonstruiert. Trotzdem meint Overesch S. 27, die Zivilprozeßordnung beschäftige sich nicht mit der Frage, ob eine Entschädigungspflicht für den Schiedsrichter bestehe, wenn er das Amt übernommen, aber seine Pflicht nicht erfüllt habe. Das sei nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen. Damit widerlegt er seine erstgenannte Behauptung selbst.

[38]) Siehe oben nach Note 34 im Text.

Dienstvertrag. Aber auch, wenn man dies nicht zugeben will, so muß doch die ratio legis zu einer analogen Anwendung der vorgedachten Gesetzesvorschrift auf unvertretbare Werklieferung führen. Der Schiedsspruch steht etwa auf gleicher Stufe mit dem Manuskript einer künstlerischen oder wissenschaftlichen Arbeit, zu dessen Lieferung der Autor verpflichtet ist. Irgendwelchen Zwang zur Naturalleistung führt mit allergrößter Wahrscheinlichkeit entweder zu keinem oder zu einem minderwertigen und deshalb unbrauchbaren Resultat. Er ist also zur Rechtsverwirklichung absolut unbrauchbar. Gerade das aber sind die Gründe gewesen, weshalb man auch bei der Verpflichtung unvertretbarer Arbeitsquantas von einem Zwang absehen zu müssen geglaubt hat.

Nicht ausgeschlossen ist aber nach Vorschrift des § 893 ZPO. das Recht der Streitteile auf Leistung des Interesses gegen den vertragsbrüchigen Schiedsrichter. Gleichgültig ist es, daß regelmäßig ein solches Interesse sich nicht beziffern und beweisen läßt, denn das ist bei sehr vielen Ansprüchen auf das Interesse der Fall.

Sollte aber der Schiedsrichter unter Vertragsstrafe die Verpflichtung zur Abgabe des Schiedsspruchs eingegangen sein, so äußert sich die Vertragsnatur des Rezeptums darin, daß diese Strafe geltend gemacht werden könnte.

Die Klage gegen den vertragsbrüchigen Schiedsrichter setzt aber nach allgemeinen Grundsätzen voraus, daß er nicht nachträglich an der Abgabe des Schiedsspruchs durch Umstände verhindert worden ist, die er nicht zu vertreten hat.[39]) Bedenkt man, daß ein Schiedsrichter eine möglichst objektive Entscheidung fällen soll, so wird man bei ausbrechender Feindschaft mit den Streitteilen oder bei Be-

[39]) Dazu würden aber Krankheit, dringende eigene Geschäfte oder Reisen usw. möglicherweise gerechnet werden können; vergl. § 275 BGB.

schimpfung durch sie annehmen dürfen, daß er in die Unmöglichkeit versetzt ist, seine Vertragspflichten zu erfüllen.[40]) Es muß der Entscheidung des einzelnen Falles vorbehalten bleiben, auch in den Fällen der anderen gemeinrechtlichen Exkusationsgründe festzustellen und zu entscheiden, ob unvertretbare Unmöglichkeit der Abgabe des Schiedsspruchs obgewaltet hat.

[40]) Dies möchte auch den Intentionen der Parteien entsprechen, da dies allein auf Treu und Glauben beruht. Nach § 157 BGB. sind Verträge doch ganz allgemein so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

§ 5.

IV. Die Haftpflicht des Schiedsrichters.

Die Feststellung des § 4, daß das Rezeptum als geschäftlicher Werkvertrag zu erachten sei, hat gleichzeitig auch die Beantwortung der Frage mit sich gebracht, wie der vertragsbrüchige Schiedsrichter hafte. Nunmehr soll die ungleich wichtigere Frage zu beantworten versucht werden, ob und worauf eine Haftung des Schiedsrichters geltend gemacht sein kann, der bei Ausführung seiner vertragsmäßigen Pflichten schuldhaft gehandelt hat.

Man wird sich zunächst vergegenwärtigen müssen, daß der Schiedsrichter weder an die Vorschriften des materiellen, noch an die des formellen Rechts bis auf einen kleinen Ausschnitt davon überhaupt nicht gebunden ist. Die Motive[1]) sagen in dieser Hinsicht folgendes: „Die Parteien wollen, indem sie auf die Entscheidung eines Schiedsgerichts kompromittieren, den Schwierigkeiten und Verwickelungen entgehen, welche sich aus der Anwendung des positiven Rechts ergeben; sie wollen, daß unter ihnen Rechtens sei, was die Schiedsrichter nach ihrer gewissenhaften Überzeugung — ex aequo et bono — bestimmen werden. Durch Unterwerfung unter ein Schiedsgericht bekunden die Parteien, daß sie eine freiere Behandlung ihres Rechtsstreits in formeller Beziehung wollen, zumal wenn sie Personen zu Schieds-

[1]) Hahn, Materialien, S. 494.

richtern bestellen, von denen die Einhaltung eines prozessualen Verfahrens nicht zu erwarten ist. Mit dem Wesen des Schiedsvertrags steht es daher in Einklang, den Schiedsrichtern inbezug auf das Verfahren die freieste Stellung einzuräumen, sie von der Befolguug der Prozedurvorschriften zu entbinden und nur im allgemeinen zu verpflichten, nicht ohne vorherige Anhörung der Parteien und ohne vorherige Ermittelung des Sachverhältnisses, welches dem Streit zugrunde liegt, zur Erlassung des Schiedsspruchs zu schreiten.[2])

In Gemäßheit dieser Anschauungen hat das Gesetz bestimmt, daß die Schiedsrichter vor Erlassung des Schiedsspruchs die Parteien[3]) zu hören und das dem Streit zugrunde liegende Sachverhältnis zu ermitteln haben, aber nur soweit sie die Ermittelung für erforderlich erachten.[4])

Nach § 1041 Ziffer 4 ZPO. kann sogar die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt werden, wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war. Der Aufhebungsgrund fällt aber nach § 1041 Abs. 2 weg, wenn die Parteien über die Gewährung des rechtlichen Gehörs etwas anderes vereinbart haben.[5]) Die Verpflichtung des Schiedsrichters zur Gewährung rechtlichen Gehörs läßt ihm völlige Freiheit über dessen Art und Weise. Er ist allein Herr darüber, ob er schriftlich oder mündlich verhandeln, ob er den Parteien zur Abgabe ihrer Erklärungen Ausschlußfristen setzen und ob und welche Schlüsse er aus

[2]) Ebenso Motive zum preußischen Entwurf S. 333.

[3]) Oder ihrer Vertreter, vorausgesetzt, daß die Vertretungsmacht den gesetzlichen Vorschriften entspricht (§ 164 BGB.). Das erstere ergibt sich aus § 1041, Ziffer 3, ZPO.

[4]) § 1034, Abs. 1, ZPO.

[5]) Das kann doch nur heißen, daß die Parteien — vertragsmäßig — auf rechtliches Gehör verzichten können. So Gaupp-Stein, § 1041, zu A. 27. Anderer Meinung ohne Angabe von Gründen Schmidt, a. a. O., § 26, Note 1, S. 155.

dem Schweigen der Parteien ziehen will. Nur eigentliche Versäumnisurteile wird er nicht geben dürfen, da ihn das Nichterscheinen oder Nichtverhandeln der Partei nicht der Pflicht überhebt, das Sachverhältnis in der ihm geeignet erscheinenden Weise zu prüfen und daraufhin eine mit Gründen zu versehene Entscheidung zu fällen.[6]) Der Umfang einer von dem Schiedsrichter für erforderlich erachteten Beweiserhebung liegt ebenfalls ganz in seinem Ermessen, so daß er recht wohl von einer solchen ganz absehen kann, ohne dadurch dem Schiedsspruch seine rechtliche Wirksamkeit zu entziehen.[7]) Doch muß der Schiedsspruch bei Vermeidung seiner Anfechtbarkeit nach § 1041 Ziffer 5 ZPO. mit Gründen versehen sein, eine Vorschrift, auf die die Parteien — vertragsmäßig — aber auch verzichten können.[8]) Bei der Abnahme von Partei-, Zeugen- oder Sachverständigen-Eiden leistet dem Schiedsrichter das ordentliche zuständige Gericht nach den §§ 1035, 1036 ZPO. Hülfe.[9]) [10])

---

[6]) Ebenso Wach, a. a. O., § 7, VI, S. 73, 74 und Note 32 daselbst. Das ergibt sich auch daraus, daß der ergangene Schiedsspruch nach § 1040 ZPO. die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils hat, während ein Versäumnisurteil, wenn es nicht eine andere schwere Gefahr für das Recht werden soll, in leichter Weise (mittels Einspruchs) anfechtbar sein muß. Für ein Einspruchsverfahren bietet das schiedsrichterliche Verfahren aber keinen Raum.

[7]) Übereinstimmend Wach, a. a. O., S. 73.

[8]) Vergl. § 1041 Abs. 2 ZPO.

[9]) Daß dies keine eigentliche Rechtshilfe ist, wie es Crome, § 131 S. 582 nennt, ergibt sich aus dem Begriff, der Rechtshilfe als einer Hilfe zwischen Gericht und Gericht und aus § 1036 ZPO., wonach nicht der Schiedsrichter, sondern die Partei das zuständige ordentliche Gericht um die betr. Prozeßhandlungen anzugehen hat. Vergl. hierzu Wach, a. a. O., § 7, S. 74.

[10]) Über die interessante Frage, ob im schiedsrichterlichen Verfahren der Antrag an das ordentliche Gericht auf eidliche Vernehmung von Zeugen usw. erst dann zulässig ist, wenn sich das Schiedsgericht zuvor der Abhörung unterzogen hat, siehe Leander in der Deutschen Juristen-Zeitung, X, Nr. 10, Sp. 501, 502, gegenüber einer Entscheidung des Kammergerichts vom 6. Dezember 1904.

Nach § 1039 ZPO. ist der Schiedsspruch unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern zu unterschreiben, den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Anfertigung zuzustellen und unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niederzulegen.[11])

Damit sind aber die wenigen prozeßrechtlichen Vorschriften über das schiedsrichterliche Verfahren erschöpfend aufgezählt. Schon sie ergeben, daß dem freien Ermessen des Schiedsrichters ein erheblicher Spielraum eingeräumt ist. In Bezug auf alle von der Zivilprozeßordnung nicht erwähnten Punkte ist das freie Ermessen geradezu schrankenlos, soweit die Parteien nicht für gut befinden, selbst Verfahrensnormen festzusetzen, die ebensowohl den gesetzlichen entsprechen, als ihnen widersprechen können.[12])

Diese Grundsätze mußten deshalb hier etwas genauer dargelegt werden, weil sie für die Frage der Haftung der Schiedsrichter nicht ohne Bedeutung erscheinen. Zunächst mag folgende Schlußfolgerung aus ihnen gezogen werden: Sind die Vorschriften des materiellen Rechts für die Schiedsrichter überhaupt nicht maßgebend, so können sie auch nicht

[11]) Nach Ansicht Daubenspecks, a. a. O. S. 71 ist die Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei nicht wesentliches Erfordernis der Gültigkeit des Schiedsspruchs, sodaß es genügen würde, wenn derjenige, der sich auf einen nicht niedergelegten Schiedsspruch beruft, das Vorhandensein und die Echtheit der Unterschriften dartun würde. Diese Ansicht ist mit dem Wortlaut des § 1039 (vergl. auch § 1040) ZPO. unvereinbar, vergl. auch Wiesmar, a. a. O. § 2 S. 5, Mayer, a. a. O. S. 105, Hayum, a. a. O. § 9 S. 98, Altenrath, a. a. O. S. 39.

[12]) Auch die Grundsätze über die Beratung und Abstimmung der Schiedsrichter unterliegen der Parteivereinbarung. Mangels solcher Parteidispositionen gilt nach § 1038 ZPO. absolute Majorität. Bei Stimmengleichheit tritt im Zweifel nach § 1033 Ziffer 2 ZPO. der Schiedsvertrag außer Kraft. Über das im Text Gesagte vergl. auch Schmidt, a. a. O. § 26, S. 155, Windscheid-Kipp, § 416, S. 792, Wach, S. 73, Entscheidung des Reichsgerichts XL, S. 404 ff.

schuldhaft verletzt werden. Es ist also sowohl ein vorsätzlicher, als ein fahrlässiger Verstoß gegen sie begrifflich ausgeschlossen. Dasselbe gilt in bezug auf die Vorschriften des formellen (Prozeß) Rechts, soweit die Schiedsrichter nicht durch wenige seiner Vorschriften auf Grund gesetzlicher oder vertragsmäßiger Bestimmungen gebunden sind. Soweit dies aber der Fall ist, ist allerdings eine vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung begrifflich möglich. Die Zivilprozeßordnung hat auch die prozeßrechtlichen Folgen solcher Zuwiderhandlungen in einigen Punkten festgesetzt. So kommt z. B. ein ordnungsgemäßer Schiedsspruch überhaupt nicht eher zu Stande, bis den Erfordernissen des § 1039 ZPO. Genüge geschehen ist. Im Übrigen lag es außerhalb der Aufgabe der Zivilprozeßordnung, die materiellen Folgen solcher Zuwiderhandlungen zu bestimmen. Sie richten sich allein nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts. Es ist aber klar, daß fahrlässige materielle Schädigungen der Streitteile nie aus der Verletzung anderer prozessualer Normen entspringen können, als der Pflicht zur genügenden Ermittelung des dem zu entscheidenden Rechtsstreit zu Grunde liegenden Sachverhältnisses. Denn nur in diesem Falle kann ein Schiedsspruch zustande kommen, dessen Aufhebung gleichwohl nach § 1041 ZPO. nicht beantragt werden kann, obwohl er ursächlich ist für eine dem einen oder anderen Streitteil zugefügte materielle Schädigung.[13]) [13a])

Ob und in welchem Umfange ein solcher Schaden von dem Geschädigten gegen die Schiedsrichter geltend gemacht werden kann, ist in der Literatur wenig untersucht worden.[14])

[13]) Es will scheinen, als ob diese Begrenzung der Schadensersatzmöglichkeit der Schiedsrichter noch nirgends in der Literatur stattgefunden hätte.

[13a]) Dazu kommt dann noch die vorsätzliche Vermögensbeschädigung durch Rechtsbeugung, die keiner besonderen Untersuchung bedarf.

[14]) Soweit zu sehen, kommen nur in Betracht, ein Urteil des OLG. Hamm v. 8. Febr. 07 in der Jur. Wochenschrift XXXVI,

Man wird nicht darüber im Unklaren sein können, daß ein Schiedsrichter nach § 823 (oder gar nach § 826) BGB. nicht dafür haftbar gemacht werden kann. Diese Bestimmungen setzen eine außerkontraktliche Verschuldung voraus. Der Schiedsrichter aber steht nach den Darlegungen des § 4 in einem Vertragsverhältnis zu den Streitteilen und ist vertragsmäßig zur Ermittelung des dem Streite zu Grunde liegenden Sachverhältnisses in dem von ihm für erforderlich erachteten Umfang verpflichtet. Daraus kann nicht gefolgert werden, daß er zur ordentlichen und pflichtgemäßen Ermittelung überhaupt nicht verpflichtet sei, denn sein Ermessen erstreckt sich eben lediglich auf den Umfang der Ermittelungen und nicht auf die Vornahme der Ermittelung überhaupt. Zwar ist der Schiedsspruch auch rechtsverbindlich, wenn der Schiedsrichter von einer (zweckmäßigen) Sachvermittelung absieht.[15]) Gerade deshalb aber ist seine Schädenshaftung wegen seiner Pflichtverletzung, die für einen den Streitteilen zugefügten Vermögensschaden ursächlich ist, von praktischer Bedeutung. Man kann aber auch aus § 1034 ZPO., der den Schiedsrichter die Ermittelungspflicht aufbürdet, nicht schließen, daß diese Pflicht keine vertragsmäßige sei. Denn diese gesetzliche Pflicht trifft den Schiedsrichter nur, weil er vertragsmäßig die Funktionen als Schiedsrichter übernommen hat, sie ist also seine Pflicht, die er auf Grund des von ihm mit den Streitteilen geschlossenen Vertrags zu erfüllen hat.

Da das Rezeptum nach den Ausführungen des § 4 sich als geschäftlicher Werkvertrag darstellt, so hat der Schieds-

---

Nr. 6 v. 15. März 07 S. 196, Entscheidung des Reichsgerichts Bd. XLI S. 251 ff. Sydow und Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz 1901, Vorbemerkung z. 10. Buch Anm. 3, Delius, Die Haftpflicht der Beamten, 1901 S. 78, Meltz, Die Beamtenhaftpflicht, 1904 S. 71—73, Hüßener, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten, Dissertation 1901 S. 30.

[15]) Vergl. bei Note 7 im Text.

richter bei Erfüllung seiner Vertragspflicht zur Ermittelung des Sachverhältnisses diejenige Verschuldung zu vertreten, die die §§ 631—651 BGB. über den Werkvertrag und bez. die §§ 663, 665—670, 672—674 BGB. nach § 675 BGB. über den geschäftlichen Werkvertrag ihm auferlegen. Da aber in den genannten Vorschriften besondere Grundsätze über die Schädenhaftung nicht enthalten sind, so kommt § 276 BGB. in Anwendung. Hiernach hat der Schiedsrichter Vorsatz und, soweit ihm dies nicht ausdrücklich erlassen ist, auch Fahrlässigkeit zu vertreten.[16])

Diese Auffassung ist aber nicht die der herrschenden Meinung.[17]) Man verweist auf § 839 Abs. 2 BGB., wonach ein richterlicher Beamter nur für den aus Verletzung seiner Amtspflicht entstandenen Schaden verantwortlich gemacht werden kann, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Man erinnert daran, der Schiedsrichter solle nach dem Rezeptum einen Rechtsstreit unabhängig wie ein Richter entscheiden; er habe wesentlich die gleiche geistige Tätigkeit zu entfalten, nur sei seine Stellung gegenüber dem Rechte eine freiere, wie die des Richters. Auch der Schiedsrichter solle und müsse möglichst unbefangen und frei von Furcht, nach Abgabe des Schiedsspruchs wegen eines Versehens in Anspruch genommen zu werden, seine Aufgabe erfüllen können. Auch sonst seien Schiedsrichter und Richter einander gleichgestellt, so in Bezug auf die Ablehnbarkeit[18]), die Bestrafung wegen Rechtsbeugung oder wegen passiver Bestechung[19]). Schiedssprüche und Urteile unterlägen denselben Restitutionsgründen.[20]) Deshalb wollen

[16]) Übereinstimmend Hüßener, a. a. O. und Meltz, a. a. O.
[17]) Siehe die in Note 14 zitierter außer Meltz und Hüßener.
[18]) §§ 1032, 42, 43, ZPO. vergl. § 4 nach Note 6 im Text.
[19]) §§ 334—336 RStGB.
[20]) § 1041, 580, ZPO.

Einige[21]) die Vorschrift des § 839 Abs. 2 BGB. analog auf die Schiedsrichter angewendet wissen und diese nur im Falle doloser Handlungsweise haften lassen. Andere verhehlen sich jedoch nicht, daß § 839 Abs. 2 BGB. weder unmittelbar auf Schiedsrichter angewendet werden kann, da sie keine Beamten sind, noch auch nur mittelbar im Wege der Analogie. Denn das Gesetz stelle a. a. O. eine Sonderbestimmung im Interesse der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung durch eine zu diesem Zweck gewährleistete größtmöglichste Unabhängigkeit der Gerichte auf; bei den Schiedsgerichten entfalle aber dieser Zweck und damit auch das dazu gewählte Mittel.[22])

Man behauptet oft, ein lex specialis, wie sie § 839 Abs. 2 BGB. darstelle, vertrage überhaupt analoge Anwendung nicht. In dieser Allgemeinheit möchte aber dieser Satz kaum richtig sein. Denn auch bei der lex specialis und dem jus singulare ist es geboten, den Zweckgedanken des Gesetzes bis an seine Grenzen zu verfolgen, nur muß hier mit doppelter Vorsicht verfahren werden.[23]) Bedenkt man aber, daß aus mancherlei Gründen die mehrerwähnte Sondervorschrift aufgestellt worden ist, die bei den Schiedsrichtern nicht Berücksichtigung beanspruchen können, so wird man die vorerwähnte Ansicht von Meltz und dem Oberlandesgericht Hamm unabweislich anerkennen müssen. Jene Gründe stehen allerdings nicht genau fest. Bei der Entscheidung des Gesetzes wurden folgende Gründe in die Wagschale geworfen:[24]) Der Schutz des Richters solle seine Unbefangenheit und tatkräftige Entschlossenheit fördern, der

[21]) Entscheidung des RGB. XLI, S. 251 ff, Sydow und Busch, a. a. O., Delius, a. a. O., S. 78.

[22]) Übereinstimmend Meltz, a. a. O., S. 71—73, Urteil der OLG. Hamm vom 8. Februar 07, a. a. O., S. 176.

[23]) Ebenso Schneider, a. a. O., S. 231—266.

[24]) Vergl. Schneider, a. a. O., S. 226—231.

Maßstab der Fahrlässigkeit lasse sich bei rechtlichen Entscheidungen nicht anlegen, mit einer allzuleicht zugelassenen Verantwortlichkeit des Richters verstoße man gegen die Rechtskraft der Urteile. Schneider[25]) erkennt die Stichhaltigkeit dieser Gründe nicht an, stützt aber die Vorschrift des § 839, Abs. 2, BGB. auf eine Reihe anderer Gründe: Die Rechtsordnung eröffne den Parteien durch den „Kontrollapparat" des Instanzenzuges genügende Wege, sich gegen schädigende Entscheidungen vor Eintritt von deren Rechtskraft zu wehren, sie gebe dem Richter außerdem eine Stellung, die eine Gewähr für sorgfältige Dienstführung biete, auch wenn er nicht wegen Fahrlässigkeit hafte, indem infolge der strengen Handhabung der Dienstaufsicht der rein äußerliche Vorteil einer vorschriftsmäßigen und sorgsamen Erledigung für den „unabhängigen" Richter zu sehr auf der Hand liege, soweit ihn nicht die Standeserziehung und Standesehre dazu trieben. Ferner wirke die öffentliche Kritik richterlicher Urteile schon allein hin auf pflichtgemäße Entscheidungen. Bei Haftung für Fahrlässigkeit würde für den Richter das Risiko der Rechtsprechung zu groß sein, da ein richtiges Urteil große Schwierigkeiten biete. Endlich rechtfertige sich die mildere Haftung des Richters aus der Schwierigkeit, einen passenden Gerichtsstand für die Klagen gegen den Richter zu finden. Meltz[26]) erkennt diese Gründe als durchschlagende nicht an und sucht sie einzeln zu widerlegen. Nach seiner Ansicht ist der wahre und ausschlaggebende Grund für die Sonderstellung des Richters, daß es bei der Rechtsprechung unabhängig gestellt sein müsse. Auch müsse es das dienstliche Ansehen, die Berufsfreudigkeit des Richters, sowie das zur Ausübung des Richteramts unentbehrliche Gefühl der persönlichen Unangreifbarkeit unter-

[25]) a. a. O., S. 232 ff., vergl. auch Meltz, a. a. O., § 8, S. 45, 46.
[26]) a. a. O., § 8, S. 40 ff.

graben, wenn er sich stets der Gefahr ausgesetzt sehe, jede seiner Amtshandlungen als Beklagter vor einem anderen Zivilgericht vertreten zu müssen.

Wären nur die von Meltz aufgeführten Gründe für § 839 Abs. 2 BGB. maßgebend gewesen, so wäre sein Schluß, daß sie (abgesehen von der Aufrechterhaltung des „dienstlichen Ansehens") auch für die mildere Haftung der Schiedsrichter sprächen, durchaus gerechtfertigt. Allein, er übersieht, daß der berufsmäßige Richter sich sehr leicht in dem Labyrinth gesetzlicher Vorschriften materieller und formeller Natur trotz besten Strebens verirren kann, während für den Schiedsrichter, wie oben gezeigt, eine fahrlässige Schadenszufügung durch einen falschen Schiedsspruch sich nur auf Nachläßigkeit gründen kann, die er sich bei Ermittelung des dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhältnisses hat zu Schulden kommen lassen und die er leicht vermeiden konnte. Die Haftung des Schiedsrichters wegen bloßer Fahrlässigkeit ist also nach Lage der Verhältnisse eine ungleich leichtere, als sie bei dem berufsmäßigen Richter sein würde. Sie wird überdies nur in besonders schwerwiegenden und offenkundigen Fällen von praktischer Bedeutung sein können, da die zwar vorgeschriebene, aber auch noch verzichtbare Begründung des Schiedsspruchs nur selten eine Handhabe für geringere Nachlässigkeiten bieten wird, ganz abgesehen davon, daß die geschädigte Partei nicht nur hierfür, sondern auch für die Ursächlichkeit der fahrlässigen Pflichtswidrigkeit beweispflichtig ist.

Aber auch abgesehen von diesen Erwägungen rechtfertigt sich die mildere Haftung des Richters durch seine Staatsstellung. Er spricht im Namen seines Souveräns Recht und sein rechtskräftiger Spruch genießt so lange wie irgend möglich staatliches Ansehen. Die Schiedsrichter urteilen aber in einem autoritätslosen Verfahren, weil sie ihre Macht über die rechtsuchenden Streitteile nur von diesen selbst empfangen.

Dieser Umstand verhindert auch jede Analogie, da rechtsgleiche Voraussetzungen für Urteil und Schiedsspruch nicht vorhanden sind. Der Richter, soweit er überhaupt haftet, haftet außervertraglich, der Schiedsrichter lediglich in Gemäßheit seiner freiwillig übernommenen Vertragspflichten. Will er sie nicht gewissenhaft erfüllen und nicht einmal das Sachverhältnis genügend aufklären, so darf er seine Funktionen nicht übernehmen. Das ist von einem redlichen Manne nicht zuviel verlangt.

Einen entgegengesetzten Standpunkt vertritt das mehrerwähnte Urteil des Oberlandesgerichtes Hamm vom 8. Februar 1907. Nachdem es die Unmöglichkeit der analogen Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB. auf Schiedsrichter anerkannt hat, erklärt es, der Schiedsrichter hafte gleichwohl nur für dolus. Dies wird damit zu begründen versucht, daß der Schiedsrichter, den die Streitteile die Stellung des ordentlichen Richters ohne weiteren Vorbehalt angeboten hätten, bei Ausübung seiner Tätigkeit zu der Voraussetzung berechtigt sei, daß er für seinen Schiedsspruch nicht über die Grenzen hinaus verantwortlich gemacht werden dürfe, die der Verantwortlichkeit des Staatsrichters gesetzlich gestellt seien. Die Streitteile, welche die Berechtigung solcher Voraussetzung füglich nicht verkennen könnten, müßten die Folgerung gegen sich gelten lassen, daß sie, wenn sie den Schiedsrichter ohne Vorbehalt bestellten, stillschweigend in die beschränkte Haftung desselben einwilligten und durch den Vertrag mit ihm seine Vertretungspflicht in Abweichung von der allgemeinen Rechtsregel bestimmten.

Diesen Ausführungen wird man kaum zustimmen können. Sie laufen darauf hinaus, eine Analogie, die dem Richter verschlossen ist, durch den stillschweigenden Willen der Parteien zur Geltung zu bringen. In Wirklichkeit liegen die Verhältnisse auch gerade entgegengesetzt. Die Parteien und die Schiedsrichter werden bei Abschluß des Schiedsrichter-

vertrags an die Haftung der letztgenannten gar nicht denken. Sie kommen also gar nicht zu Erwägungen, wie sie das Urteil anstellt. Ja, sie werden in den allermeisten Fällen von dem Umfang der Haftung der beamteten Richter keine Kenntnis haben. Sollten sie diese aber kennen und als Maßstab für die Haftung des Schiedsrichters wünschen, so muß das in irgend einer deutlichen Weise zum Ausdruck gelangen. Sie können gewiß nach § 276 BGB. die Haftung für Fahrlässigkeit ausschließen und werden es auch gewiß tun, wenn sie an die Haftung überhaupt denken und den Ausschluß wünschen. Ihr Schweigen ist jedenfalls keine konkludente Handlung für einen derartigen Ausschlußwillen, sondern eher für den entgegengesetzten Willen. Denn die Streitteile können schon an sich versichert sein, daß sie die angeblichen Vorzüge des schiedsrichterlichen Verfahrens durch das Risiko unrichtiger Entscheidungen erkaufen. Dieses Risiko steigt aber ins Ungemessene, wenn im voraus der Schiedsrichter einen Freibrief ausgestellt erhält für alle denkbaren Nachlässigkeiten bei Aufklärung und Ermittelung des den Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhältnisses. Wollen dies die Streitteile trotzdem tun, so ist es ihre Sache, da sie einen Schiedsvertrag überhaupt nur über Angelegenheiten abschließen können, die ihrer alleinigen nnd unbeschränkten Verfügungsmacht unterliegen. Zu vermuten ist aber ein solcher Wille gewiß nicht.

Vom Standpunkte dieser Abhandlung aus kann auch die Vorschrift des § 839, Abs. 3, BGB. auf Schiedsrichter keine Anwendung finden, da sie sich nur auf Beamte und ihre außervertragsmäßige Haftung beschränkt und nicht auf die vertragsmäßige Haftung gewählter Schiedsrichter analog angewendet werden kann. Diese Vorschrift, daß nämlich die Ersatzpflicht der Beamten nicht eintritt, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden, würde

übrigens bei Schiedsrichtern nur dann in Frage kommen können, wenn ein schiedsrichterlicher Instanzenzug vereinbart sein sollte. Denn anderenfalls sind Rechtsmittel gegen Schiedssprüche überhaupt nicht gegeben und insbesondere die Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs nicht als solches zu erachten. Es kommt hinzu, daß, wie oben nachzuweisen versucht worden ist, die Haftung des Schiedsrichters wegen fahrlässiger Pflichtverletzung nur auf Nachlässigkeit bei Feststellung des Sachverhältnisses, also des Tatbestandes, gestützt, hieraus aber eine Anfechtung des Schiedsspruchs nicht hergeleitet werden kann.

Sollte aber ein schiedsgerichtlicher Instanzenzug vereinbart sein, so handelt es sich dabei nicht um eigentliche Rechtsmittel im Sinne der Prozeßordnung, so daß schon aus diesem Grunde § 839 Abs. 3 BGB. keine Anwendung finden kann. Es müßte der geschädigten Partei also freigestellt werden, ob sie den nachlässigen Schiedsrichter haftbar machen oder von dem vereinbarten Instanzenzug Gebrauch machen will. Wollte man das Gegenteil als stillschweigend vereinbart annehmen, so würde man zu einem vertragsmäßigen Ausschluß der Haftung wegen Vorsatz und Fahrlässigkeit gelangen, denn es ist nicht einzusehen, warum Vorsatz und Fahrlässigkeit, die in § 839 Abs. 3 BGB. völlig gleichgestellt sind, von den Streitteilen verschieden behandelt worden sein müßten. Dann käme aber § 276 Abs. 2 BGB. in Betracht, wonach die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner im Voraus nicht erlassen werden kann. Dabei wird sich oft erst im Wege der Klage gegen den als nachlässig belangten Schiedsrichter herausstellen, ob seine schädigende Handlungsweise bei Feststellung des Tatbestandes eine vorsätzliche oder fahrlässige war.